

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

**TIP HUKUKU BAKIMINDAN HEKİMİN
CEZAI SORUMLULUĞU**

Yüksek Lisans Tezi

Danışmanı **Hazırlayan**
Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU **Günel FARZALİYEVA**

Malatya 2019

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

TIP HUKUKU BAKIMINDAN HEKİMİN
CEZAI SORUMLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi

Günel FARZALİYEVA

Tez Danışmanı:

Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU

T.C.
İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**TIP HUKUKU BAKIMINDAN HEKİMİN CEZAI
SORUMLULUĞU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU

HAZIRLAYAN
Günel Farzaliyeva

Jürimiz 15.08.2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda bu yüksek lisans tezini (oybirliği)oyçokluğu) ile başarılı bulunarak Kamu Hukuku Anabilim dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyelerinin Unvan Ad Soyadı

İmzası

1. Prof. Dr. Haluk Emiroğlu


.....

2. Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi Akkaş


.....

3. Dr. Öğr. Üyesi Adem Yelmen


.....

İNönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulunun tarih vesayılı kararıyla bu tezin kabulü onaylanmıştır.

Unvan Ad Soyad

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ONUR SÖZÜ

Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU'nun danışmanlığında yüksek lisans tezi olarak hazırladığım “ Tıp Hukuku Bakımından Hekimin Cezai Sorumluluğu” başlıklı bu çalışmanın, bilimsel kurallara uyarak, tarafımdan yazıldığını ve yararlandığım bütün kaynakların hem metin içinde hem de kaynakçada kurallara uygun biçimde gösterilenlerden oluştuğunu belirtir, bunu onurumla doğrularım.

ÖZET

Hatalı tıbbi uygulama kavramı ile ilgili Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılında yapmış olduğu Genel Kurulda açıklama yapılmış olup buna göre bu kavram “ *hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” olarak ortaya çıkmaktadır. Fakat bu çalışmada ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere hatalı tıbbi uygulama sadece bu eylemler ile sınırlı olmayıp açıklanan diğer durumların varlığı halinde de hekimin sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür. Mevzuatta tıbbi hatalar ile ilgili düzenleme bulunmamaktadır. Fakat tıp hukukunun dağınık şekilde olan mevzuatını ve yüksek mahkeme kararlarını bir araya getirerek tıbbi uygulama hatalarının sınıflandırılabilmesi mümkündür.

Bu bağlamda çalışmanın ilk bölümünde tıp, tıp hukuku, tıbbi müdahale gibi kavramlar açıklanarak hekimin hukuki, idari, mesleki etik ve cezai sorumlulukları incelenmiştir. İkinci bölümde hekimlerin faili olabilecekleri suçlar incelemeye tabi tutulmuş, gerek Türk Ceza Kanunu gerekse de hekimin sorumluluklarını düzenleyen diğer kanunlar ele alınarak hekimin yaptığı eylemlerden dolayı ortaya çıkan sorumlulukları incelenmiştir. Çalışmanın üçüncü bölümünde “malpraktis” ve “komplikasyon” kavramları incelenerek bu iki kavram arasında bulunan farklar ele alınmıştır. Son bölümde ise hekimlerin sorumluluğunu gerektiren eylemlerin soruşturma ve kovuşturma usulleri incelenerek ortaya çıkan sonuçlardan dolayı hangi kanunun uygulanması gerektiği açıklanmaya çalışılmıştır.

Bu çalışmanın amacı ise hekimlerin mesleklerini icra ederken ortaya çıkabilecek eylemlerden dolayı cezai sorumluluklarını araştırmak ve bu sorumluluğu Yargıtay kararları ışığında incelemektir.

Anahtar Kelimeler : Tıbbi Müdahale, Hekim Sorumluluğu, Dikkat ve Özen Yükümlülüğü, Malpraktis, Komplikasyon.

ABSTRACT

The notion of erroneous medical application is defined in the General Council of the World Medical Association in 1992 and this notion is defined accordingly as *"the lack of standard application by doctor during the treatment, the skill deficit and the damage caused by the lack of treatment to patients"*. However, as explained in this study in detail, erroneous medical application is not limited to aforementioned actions and it is possible to consult the responsibility of doctor in case of other circumstances not explained in the definition. There is not any kind of regulations in the legislation regarding medical errors; however, it is possible to define medical application errors by combining the dispersed legislation and decisions made by Supreme Courts in regards to medical law.

In this context, in the first chapter of the study, notions such as medicine, law, medical law, and medical intervention is explained as well as the legal, administrative, professional, ethical and penal responsibilities. In the second chapter, crimes for which doctors may be culprit are subjected to examination and responsibilities caused by actions of doctors are analyzed by investigating both the Turkish Penal Code and other articles regulating the responsibilities of the doctor. In the third chapter of the study, the notions of "malpractice" and "complication" are analyzed and differences between these two notions are addressed. In the last chapter, authors attempts to explain which laws may be applicable because of the consequences caused by examining the investigation and prosecution procedures that require the responsibility of the doctor. This study aims to analyze the penal responsibilities that may be caused by actions of doctor during their practice and examine this responsibility in consideration of decisions of the Court of Cassation.

Keywords : Medical Intervention, Responsibility of Doctor, Commitment to Attention and Care, Malpractice, Complication.

İçindekiler

KABUL ONAY SAYFASI.....	iii
ONUR SÖZÜ.....	iv
ÖZET.....	v
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR.....	xv

1 GİRİŞ.....	1
2 KAVRAMLAR	3
2.1 Tıp.....	3
2.2 Hukuk.....	3
2.3 Hekim	4
2.4 Hasta.....	4
2.5 Tıp Hukuku.....	4
2.6 Tıbbi Müdahale	4
2.7 Tıbbi Hata	5
3 HEKİMİN SORUMLULUĞU	6
3.1 Hekimin Hukuki Sorumluluğu	7
3.1.1 Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu.....	9
3.2 Hekimin İdari Sorumluluğu.....	12
3.3 Hekimin Mesleki Etik Sorumluluğu.....	13
3.4 Hekimin Cezai Sorumluluğu.....	15
4 HEKİMLERİN FAİLİ OLABİLECEKLERİ SUÇLAR.....	16

4.1	Kasten Öldürme ve Yaralama	16
4.1.1	Genel Olarak	16
4.1.2	Suçun Unsurları	17
4.1.3	Suçun Özel Görünüş Biçimleri	21
4.2	Kasten Öldürme Suçu Bağlamında Ötenazi.....	23
4.2.1	Genel Olarak	23
4.2.2	Ötenazinin Çeşitleri	24
4.2.3	Türk Hukukunda Ötenazi.....	26
4.3	Kasten Öldürme ve Yaralama Suçunun İhmali Davranışla İşlenmesi	28
4.3.1	Genel Olarak	28
4.3.2	Suçun Unsurları	30
4.4	Taksirle Öldürme ve Yaralama	32
4.4.1	Genel Olarak	32
4.4.2	Suçun Unsurları	33
4.5	Görevi Kötüye Kullanma	38
4.5.1	Genel Olarak	38
4.5.2	Suçun Unsurları	39
4.5.3	Suçun Özel Görünüş Biçimleri	43
4.6	Rüşvet.....	44
4.6.1	Genel Olarak	44
4.6.2	Suçun Unsurları	45
4.6.3	Suçun Özel Görünüş Biçimleri	48
4.6.4	Rüşvet Suçu Bakımından Etkin Pişmanlık.....	49
4.7	İrtikap.....	49
4.7.1	Genel Olarak	49

4.7.2	Suçun Unsurları	52
4.7.3	Suçun Özel Görünüş Biçimleri	54
4.8	Evrakta Sahtecilik – Gerçeğe Aykırı Belge Düzenleme.....	54
4.8.1	Genel Olarak	54
4.8.2	Suçun Unsurları	55
4.8.3	Suçun Özel Görünüş Biçimleri	58
4.9	Kişisel Verilerin Açıklanması.....	58
4.9.1	Genel Olarak	58
4.9.2	Suçun Unsurları	61
4.9.3	Suçun Özel Görünüş Biçimleri	63
4.9.4	Hukuka Uygunluk Nedenleri	64
4.9.5	Kusurluluğu Etkileyen Haller.....	65
4.10	Suçun Bildirmeme Suçu	66
4.10.1	Genel Olarak	66
4.10.2	Suçun Unsurları	68
4.10.3	Suçun Özel Görünüş Biçimleri	72
4.10.4	Sır Saklama Yükümlülüğü ve Suçu Bildirmeme Arasında İlişki 73	
4.11	İnsan Üzerinde Deney	73
4.11.1	Genel Olarak	73
4.11.2	Suçun Unsurları	76
4.12	Organ ve Doku Ticareti Suçu.....	79
4.12.1	Genel Olarak	79
4.12.2	Suçun Unsurları	80
4.13	Çocuk Düşürtme Suçu.....	85
4.13.1	Genel Olarak	85

4.13.2	Suçun Unsurları	86
4.13.3	Suçun Özel Görünüş Biçimleri	90
4.14	Genital Muayene Suçu	90
4.14.1	Genel Olarak	90
4.14.2	Suçun Unsurları	91
4.14.3	Hukuka Uygunluk Halleri.....	93
4.14.4	Suçun Özel Görünüş Biçimleri	93
4.15	Yetkili Olmadığı Halde Hekimlik Yapmak.....	94
4.15.1	Genel Olarak	94
4.15.2	Suçun Unsurları	96
5	MALPRAKTİS ve KOMPLİKASYON FARKI.....	97
5.1	Malpraktis Kavramı	97
5.1.1	Teşhis Hatası.....	99
5.1.2	Tedavi Hatası.....	99
5.1.3	Üstlenme Kusuru.....	102
5.2	Komplikasyon Kavramı.....	103
5.3	Malpraktis ve Komplikasyon	104
6	SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULLERİ	106
7	SONUÇ	111

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ay.	: Anayasa
Bkz.	: Bakınız
CD.	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Md.	: Madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NPHK	: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

ODNK. : Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Kanunu

R.G. : Resmi Gazete

s. : Sayfa

SHTK. : Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu

SK. : Sayılı Kanun

ss. : Sayfa Sayısı

SÜHFD : Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

T. : Tarih

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TCK : Türk Ceza Kanunu

TDN : Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

TMK : Türk Medeni Kanunu

vb. : Ve Başka

vd. : Ve Diğerleri

Y. : Yargıtay

YCGK. : Yargıtay Ceza Genel Kurulu

Yy. : Yüzyıl

1 GİRİŞ

Hayat hakkı Anayasanın 17. maddesi ve aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi ile hukuki koruma altına alınan; bireyin doğuştan sahip olduğu, devredilemeyen, vazgeçilemeyen ve de üzerinde herhangi bir tasarrufi işlem yapılamayan kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Gerek laik yaklaşım tarzının gerekse de doğal hukuk doktrininin benimsemiş olduğu hayat hakkının yüzyıllardır en büyük güvencesi hekimdir. Hekim “ -h, -k, -m” harflerinden türemiş, hakem kelimesine aşinalığı ile belirgin bir sözcük olup hüküm veren, tıbbi olaylarda yönlendirme kabiliyeti bulunan biri manasındadır¹.

İnsanın şifa bulmak amacıyla başvurduğu hekimin sorumlulukları, hukuk düzenine geçilmesi ve hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsenmesi ile ortaya çıkmıştır. Hukuk düzeni toplumda yaşayan bütün bireylerin birbirlerine karşı sorumlulukları ile ilgilenmektedir. Hayat hakkı ve insan vücudu ile ilgilenen sağlık mensuplarının sorumluluğu elbette toplumdaki diğer bireylere göre daha önemli olacaktır.

Hekimlerin hukuki, idari, mesleki etik ve cezai olmak üzere dört sorumluluk çeşidi bulunmaktadır². Hekimin hukuki sorumluluğu; hekimin yaptığı eylemlerden dolayı hukuka aykırılık, kusur, zarar, illiyet bağı unsurlarının ortaya çıkması ile gündeme gelmektedir³. Sayılı unsurlardan herhangi birinin oluşmamış olması halinde hekimin hukuki sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün değildir. Hekimin idari sorumluluğu; hastanenin sorumluluğu ile paraleldir⁴. Şöyle ki işlenmiş eylem neticesinde ortaya çıkan tazminat miktarını ödeyen gerek devlet hastanesi gerekse de özel hastane kusura sebebiyet veren sağlık personeline rücu edebilir⁵. Hekimin mesleki etik sorumluluğunun temelini ise Hipokrat Andı oluşturur. Hipokrat andının en belirgin özelliği; hastanın kişisel özelliğinin asla ön planda tutulmayarak hastaya tıbbi müdahalede bulunmak gerektiğidir. Çalışma konusunun asıl amacı ise hekimin cezai sorumluluğunun incelenmesi olup bu sorumluluk. Hekimin cezai sorumluluğu hekimin kasıtlı veya taksirli eylemine dayalı ortaya çıkabilir. Bu noktada malpraktis, komplikasyon, hekimin ihmali,

¹ <http://hekimsel.com/dil-bilgileri/doktor-tabip-hekim-iatro-atasagun/> (E.T. 18/06/2019)

² Demir, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, AÜHFD, 2008/57 (3), s. 227.

³ Yavuz İpekyüz, Filiz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, DÜHFD, 2015/20 (33), s. 28.

⁴ Canbolat, Ferhat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğun Dayanağı”, *TBB Dergisi*, 2009, (80), s. 161.

⁵ Canbolat, s. 161.

dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması gibi durumlar uzun yıllardır tartışılan konular arasındadır. Ortaya çıkan olumsuz sonuca hekimin bilerek ve isteyerek sebebiyet vermesi durumunda kasta dayalı sorumluluğu meydana gelirken dikkatsizlik, tedbirsizlik veya özensizlik olduğu durumlarda taksire dayalı sorumluluğundan bahsedilir. Bu durum tıp hukuku alanında “malpraktis” olarak kabul edilmekte olup Türk Tabipleri Birliği Mesleki Etik Kuralları’nın 13.maddesinde ele alınmıştır⁶. Bütün bunlarla beraber hekimin gereken tüm özen ve dikkati göstermesine rağmen ortaya bazı olumsuz neticeler çıkabilir ki bu gibi durumlar “komplikasyon” olarak anılır⁷ ve bu durumlarda hekimin hiçbir sorumluluğundan evleviyetle de cezai sorumluluğundan bahsedilemez.

Kişilerin hayat haklarının, vücut dokunulmazlıklarının ihlali günümüzün güncel sorunlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus tıbbi konularda yön verebilme kabiliyetine sahip olan hekimin, hastanın hayat hakkı, vücut bütünlüğünün korunması için elinden gelen tüm dikkat, özen ve tedbiri göstermesinin aksi düşünölemeyen bir farkındalık olması gerektiğidir. Bu sebeplerle işbu çalışmada hekimin cezai sorumluluğu, bu sorumluluğun sınırları, ortaya çıkan eylemlerin soruşturma ve kovuşturma usulleri farklı görüşler ve Yargıtay kararları ışığında inceleme konusu yapılacaktır.

⁶ Koç, Sermet, Adli Tıbbi Açıdan Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Anabilim Dalı, İstanbul, s. 14.

⁷ Koç, s. 14.

2 KAVRAMLAR

2.1 Tıp

Sağlık bilimlerinin bir dalı olan tıp, insan sağlığının korunmasını amaçlayan, ortaya çıkan hastalığın tedavisi, hastalıklara tanı koyma, ortaya çıkma ihtimali olan hastalıklara karşı önceden korumalara yönelik olarak yapılan çalışmalardan ibaret olan bir bilim dalı olarak tanımlanabilir⁸. Dünya genelinde farklı tıbbi sistemler ortaya atılmış olup bunlar tarih boyunca devam etmiştir. Bu tıbbi sistemlerden olan alternatif tıp; tedavi yapan; ancak meydana gelen sonuçları bilimsel yollarla kanıtlanamayan geleneksel tıbbi uygulamalar olarak kabul edilmektedir⁹. Geleneksel tıp; geçmişteki hekimlerin o zamanlardaki tıp bilgileri ile olumlu sonuç alabileceklerini düşündükleri yollarla hastayı tedavi etme uygulamalarına verilen isimdir¹⁰. Tamamlayıcı tıp ise tıp bilimince hastalık sebeplerinin karşısında geçme konusunda kanıta ulaşılmış bir tedavi usulü olmadığı halde hastanın isteği doğrultusunda tıp tedavileri ile beraber bu tedaviyi destekleyici nitelikte hastanın daha rahat olması amacıyla uygulanabilen tıp yöntemlerindedir. Son olarak modern tıp ise tüm dünyada kabul edilen, yapılan bilimsel araştırmalarla hastalar bakımından iyi sonuçlar alındığı görülen tıp yöntemlerini kapsamaktadır¹¹.

2.2 Hukuk

Hukuk, toplumu düzenleyen ve bu hususta devlet tarafından yaptırımlar uygulanan, kuralların bütünü olarak tanımlanmaktadır¹². Dolayısıyla hukuk kuralları devlet tarafından çıkarılarak yaptırıma dayalı olan kurallar olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁸ Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, (11.baskı), Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 26.

⁹ <<https://www.kamufinans.com/herbalizm-tamamlayici-tip-fitoterap-nediri/>> (12/06/2019)

¹⁰ <<https://www.kamufinans.com/herbalizm-tamamlayici-tip-fitoterap-nediri/>> (12/06/2019)

¹¹ Kendirci, Aydın, “Alternatif Tıp, Tamamlayıcı Tıp ve Entegratif Tıp Hakkında”, 2011, <https://www.tavsiyeediyorum.com/makale_6656.htm> (12/06/2019)

¹² Gözler, Kemal, Hukuka Giriş (14. baskı), Ekin Basın Yayım Dağıtım, Bursa 2017, s. 25.

2.3 Hekim

Hekim, tıp fakültesinden mezun olarak tıp fakültesi diplomasına sahip olan kimse olup bu husus ilgili Kanun maddesi ile de düzenlenmiştir¹³. Aynı zamanda hekimlerin müdahaleleri sırasında asıl amaçları yarar sağlamak ve her ne şekilde olursa olsun zarara sebebiyet vermemektir¹⁴.

2.4 Hasta

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4. maddesinin 1. Fıkrasının b bendi ile yapılan düzenlemeye göre hasta, “sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse” olarak ifade edilmiştir¹⁵. Dolayısıyla hasta, sağlık hizmeti almak amacı ile hekime müracaat eden kişi olarak tanımlanabilir¹⁶.

2.5 Tıp Hukuku

Ülkemizde tıp hukuku veya sağlık hukuku olarak kabul edilmiş olan bu kavram sağlık hukukunun bir alt dalı olarak sağlık personellerinin tıbbi uygulamalar sırasında bulunan hak ve yükümlülüklerini, yasal sorumluluklarını, sağlık mensuplarının uymaları gereken kuralları, hasta haklarını ve tıp hukuku ile ilgili olan diğer konuları ele alan hukuk dalıdır. Dolayısıyla Sağlık Hukuku sağlık hizmeti talep eden hastalar ile talep edilen hizmeti sunan sağlık mensupları ve kurum kuruluşlar ile olan ilişkilerini düzenler¹⁷.

2.6 Tıbbi Müdahale

Tıbbi müdahale kavramından önce tedavi kavramı açıklanacak olursa bu kavram kişilerin hastalıklardan korunma tedbirlerini, ortaya çıkan hastalığı belirlemeye yönelik olan teşhisi ve hastalıktan sonra bakım sürecini içine alan bir terimdir¹⁸. Tedavi kavramının devamı olan tıbbi müdahale kavramı ise daha geniş bir kavram olup doktrinde

¹³ Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, m.1: “Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde hekimlik yapabilmek ve ne şekilde olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesi diploması sahibi olunması şarttır”.

¹⁴ Derhem, Baki, Hekimlerin Mevzuata Göre Sahip Oldukları Haklar ve Cezai Sorumlulukları Konusunda Bilgi Düzeyi ve Davranışları, Ankara Üniversitesi, Aile Hekimliği Anabilim Dalı Tıpta Uzmanlık Tezi, Ankara, 2016, s. 3.

¹⁵ R.G. 01.08.1998 T., S:23420.

<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.4847&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=hasta%20haklar%C4%B1>

¹⁶ Yılmaz, S.Sanem, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu, (1. baskı) Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 81.

¹⁷ Özçetin, S. ve M. Balaban, Sağlık Hukuku, Bizim Akademi Yayınları, Ankara 2013, s. 12.

¹⁸ Hakeri, 2016, s. 26.

farklı şekillerde tanımlanmıştır. Tıbbi müdahale kavramı genel olarak tıp mesleğini icra etmeye yetkili olan sağlık personelleri tarafından doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak hastalıkları tedavi etmek amacı ile gerçekleştirilen faaliyetleri, tedavi ve bakım sürecini kapsayan ve tıp bilimi kurallarına göre yapılan işlemleri ifade etmektedir¹⁹. Dolayısıyla tıp alanında sürekli karşımıza çıkan teşhis, tedavi, ilaç yazılması, cerrahi müdahaleler, tahliller tıbbi müdahale kavramına örnek olarak gösterilebilir. Hekim, tababeti yerine getirirken, tıbbi uygularken kişinin yaşamasını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır²⁰. Hekimin var olan hastalık ile ilgili teşhisi ve ortaya çıkması muhtemel olan hastalıkların önlenmesi veya hastalığın tedavisi için geç kalınmış durumlarda hastalığın hafifletilmesi için uygulanan tüm faaliyetler tıbbi müdahale kavramı içerisinde değerlendirilmektedir²¹.

2.7 Tıbbi Hata

Tıbbi hata kavramını hekimin dikkatsizliği, tedbirsizliği, kastı veya taksiri ya da mesleğe yeni başlaması sebebiyle ortaya çıkan eksiklikler neticesinde hastaya verilen zararlar olarak tanımlamak mümkündür²². Tıbbi hatalar gerek insan hatasından gerekse de teknolojik hatalar sonucunda ortaya çıkabilmektedir. Söz konusu bu hataların iki farklı şekilde sınıflandırılabilmesi mümkündür. Bunlardan ilki kök nedenlerine göre tıbbi hatalar olup işe bağlı hatalar, ihmale bağlı hatalar ve uygulamaya bağlı hatalar olarak üç başlık halinde toplanabilirler²³. Hata türü açısından ise ilaç hataları, cerrahi hatalar, tanı koymada hatalar, sistem yetersizliğinden dolayı olan hatalar ve diğer hatalar olarak beş grupta toplanması mümkündür²⁴. Tıbbi hatanın söz konusu olması için hekimin hastaya

¹⁹ Kahraman, Zafer, Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası, İÜHFD, 2016/7 (1), s.481.

<http://openaccess.inonu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11616/4244/makale.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (10/06/2019).

²⁰Hakeri, 2016, s. 27.

²¹ Kahraman, 2016, s. 480.

²²Şişli, Zeynep, Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı Hakkında, İnternet Yayını, 02.08.2003'den aktaran Ersoy, Yüksel, Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları, TBB Dergisi, 2004(53), s. 161.

²³ İntepeler S. Şeyda, Dursun, M, Tıbbi Hatalar ve Tıbbi Hata Bildirim Sistemleri, Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi, 2012/15, (2), s. 130.

²⁴ İntepeler ve Dursun, 2012, s. 130.

karşı bir yükümlülüğünün bulunması, uygulanabilir tedavi veya bakım standardının ihlal edilmiş olması, tazmin edilebilir bir zararın var olması ve yapılan ihlal ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir²⁵. Tıbbi hata dünya genelinde önde gelen ölüm nedenlerinden biridir. Şöyle ki Amerika Birleşik Devletlerinde Hastalık Kontrol ve Önleme Merkezleri tarafından yapılan araştırma ile tıbbi hatanın tüm ülke genelinde üçüncü önde gelen ölüm sebebi olduğu sonucuna varılmıştır²⁶. Ulusal Tıp Enstitüsünün tıbbi hatalar ile ilgili yayımladıkları rapora göre her yıl ABD hastanelerinde 44.000 ile 98.000 arasında insanlar tıbbi hatalar sonucu hayatını kaybetmektedir²⁷. Bu sayı yüksek bir gösterici olup diğer ölüm sebepleri olan trafik kazası veya kanser hastalıkları nedeniyle ölenlerin sayısından daha fazladır. Aynı şekilde Türkiye genelinde yapılan araştırmaya göre 1982-2002 yılları arasında tıbbi hatalar nedeniyle açılan dava sayısı 1.525 olup²⁸ 2002-2012 yılları arasında ise bu sayı artarak 12.000 olmuştur. 2018 yılında Türkiye’de Yargıtay Başkanı tarafından yapılan açıklamaya göre tıbbi uygulama hatalarında son yıllarda yüzde 40 ile yüzde 120 arasında artışlar meydana gelerek her 30 hekimden biri yasal şikâyete uğramaktadır. Tüm dünya genelinde bu sayının artmasının sebepleri genel olarak tıbbi bilgilerin artması, tıbbi teknolojinin gelişmesi ve bunun sonucunda sağlık mensuplarının bu uygulama ve teknolojik gelişmelere uyum sağlayamamasıdır. Gün geçtikçe bu sayının arttığı ve tıbbi hatalar sonucu çok fazla sayıda ölüm veya sakat kalma durumlarının yaşandığı ve tüm bunların karşısına geçebilmek için çok ciddi tedbirler görülmesi gerektiği aşikârdır.

3 HEKİMİN SORUMLULUĞU

Hekimin yaptığı tıbbi müdahaleler sonucunda hukuki, idari, mesleki etik ve cezai sorumlulukları mevcuttur. Bu çalışmanın asıl amacı hekimin cezai sorumluluğunu araştırmaktır. Ancak kısa olarak hekimin hukuki, idari ve mesleki etik sorumluluklarına değinmeyi de uygun gördük.

²⁵ Ersoy, 2004, s. 161.

²⁶ <https://www.amerikaninsesi.com/a/abd-de-tibbi-hata-sonucu-olum-orani-hala-cok-yuksekk/3341885.html> (25/07/2019)

²⁷ Top, vd., “Hekimlerin Tıbbi Hatalara Neden Olma Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, 2008/11 (2), s. 162.

²⁸ <http://www.radikal.com.tr/turkiye/fazla-tip-sagligi-bozdu-640722/> (25/07/2019)

3.1 Hekimin Hukuki Sorumluluğu

Mevzuatımızda hekimin hukuki sorumluluğunu doğrudan düzenleyen bir hüküm olmamasına rağmen gerek genel kanunlarda gerekse de özel düzenlemelerde hekimin sorumluluğuna yönelik birçok düzenleme bulunmaktadır²⁹. Hekimin hukuki sorumluluğu, hekimin haksız eyleminin sonucu olarak ortaya çıkabileceği gibi sözleşme öncesi olan aşamadaki görüşme kusurundan, vekâletsiz iş görmeden veya hekimin edim yükümlülüğünü doğru yerine getirmemesi sebeplerinden de ortaya çıkabilmektedir³⁰. Sorumluluğun kurucu unsuru kusurlu hareket olup sağlık mensuplarının tıbbi müdahalesinin sonucunda ortaya çıkan zarardan sadece kusurlu bulunmaları halinde hukukten sorumlulukları gündeme gelmektedir. Dolayısıyla hekimin kusurunun olmadığı kabul edildiği durumlarda hukukten sorumluluğuna gidilmesi imkansızdır³¹. Sağlık personelinin kusurlu eylemleri dikkatsizlik, tedbirsizlik, tecrübenin az olması veya özensiz hareketler sonucu ortaya çıkan zararlara sebep olan tüm eylemlerdir.

Hekimle hasta arasında sözleşme ilişkisinin mevcut olmadığı durumlarda hekim TBK'nın 49. maddesine göre sorumlu olacaktır³². TBK m. 49'da düzenlendiği üzere *“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür”*. Hekimin hukuki sorumluluğunun ortaya çıktığı durumlarda hasta uğradığı zarar karşısında maddi ve manevi tazminat davası açabilir. Hastanın ölümü ile neticelenen durumlarda ise, söz konusu bu davaları hastanın mirasçıları, destekten yoksun kalanları ve diğer yakınları açabilir³³. Devlete ait hastanelerde çalışan doktorların sebep olduğu hukuka aykırı durumlarda asıl sorumlu devlet veya ilgili daire olup bu konu ileriki bölümlerde ayrıntılı bir şekilde incelemeye tabi tutulmuştur.

Daha önce ifade edildiği üzere hekimin eylemlerinden dolayı ortaya çıkan zararın tazmininin talebi için bazı unsurların var olması gerekmektedir. Bunlar hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bađıdır³⁴. Hukuka aykırılık, yapılan eylemden dolayı

²⁹ Yavuz İpekyüz, Filiz, s. 19.

³⁰ Demir, Mehmet , “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, AÜHFD.2008/57 (3), s. 228.

³¹ Canbolat, s. 170.

³² İpekyüz, s. 24.

³³ İpekyüz, s. 25.

³⁴ TBK. Md. 49.

ortaya çıkan sorumluluğun objektif şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Kusur ise hangi sebepten dolayı ortaya çıktığı fark etmeksizin kurucu unsur olarak kabul edilmektedir³⁵. Kusur, hekimin kastı veya ihmali davranışı sonucu ortaya çıkabilmektedir³⁶. Bu husus belirlenecek olan tazminat miktarında büyük önem taşımaktadır³⁷. Kasıtlı eylem işlem yapıldığı sırada ortaya çıkararak sonucu bilerek ve isteyerek yine bu eyleme devam edilmesi halinde karşımıza çıkmaktadır³⁸. Mesela bir iğnenin sterilize edilmeden hastaya enjekte edilmesi durumunda hastaya bulaşan mikroplardan dolayı ortaya çıkan başka hastalıktan hekimin kasti sorumluluğunun olduğu kabul edilmektedir. İhmali davranışın var olduğu durumlarda ise “*ağır ihmâl*” ve “*hafif ihmâl*” olarak ayrıma gidilmesi mümkündür³⁹. Ağır ihmâl durumuna örnek olarak bir cerrahın ameliyat yaptığı bölgede makası unutması gösterilebilir⁴⁰. Yani bu gibi durumlarda makul her bir hekimin göstermesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılmış olması söz konusudur⁴¹. Bu hususta Yargıtay tarafından kabul edilmiş olan görüşe göre de hekimin dikkat ve özensizliği kabul edilemez olup bu durum hekimlik mesleği ile bağdaşmamaktadır⁴². Hafif ihmâl durumu ise sadece öngörülü hekimlerin gösterebileceği özen ve dikkatin gösterilmemesi halinde gerçekleşmektedir.

Zararın ortaya çıkmadığı durumlarda hekimin tazmin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. Zararın hastanın malvarlığında meydana gelmesi durumunda maddi, kişisel değerleri üzerinde meydana gelmesi durumunda ise manevi zararı oluşmaktadır⁴³. Tedavi giderleri, destekten yoksun kalma, cenaze masrafları ve bunlar gibi diğer giderler maddi zarara örnek gösterilebilir. Manevi zarar durumunda ise hastanın

³⁵ Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s. 100.

³⁶ Y. 13. HD. T. 28.11.2005, E.2005/11159, K. 2005/17474 “*Doktor vekalet kuralları çerçevesinde verdiği hizmeti yaparken bir işçi gibi özen göstermek zorundadır. Bu nedenle en hafif kusurunda dahi sorumludur*”. (sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

³⁷ Ayan, s. 101.

³⁸ Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku, (17.baskı), Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 207.

³⁹ Demir, s. 246.

⁴⁰ Y. 13. HD. T. 14/03/1983 E.1983/7237 K. 1983/1783 “*... Böbrek ameliyatı olan hastanın karnında 2 metre uzunluğunda gazlı tampon unutulmuş; hasta on yıl boyunca ağrı çektikten sonra, sebebi anlaşılıp ikinci ameliyatla gazlı tampon çıkarılmıştır...*”(sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

⁴¹ Meral, Ö. Oğuzhan, “Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”, *DEÜHFD*, 2017/19, s. 1162.

⁴² Y. 13.HD. T. 04.02.2003, E.2002/12276 K.2003/1077.

<<http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/hekim-sorumluluguna-iliskin-yargitay-kararlari.htm>> (25/07/2019)

⁴³ İpekyüz, s. 35.

veya bazı durumlarda ailesinin hekim tarafından yapılan yanlış tıbbi müdahaleden dolayı ortaya çıkan zarar nedeniyle yaşadıkları acı, üzüntü karşılığı olarak uygun miktarda tazminat talep edebilmeleri mümkün olacaktır⁴⁴.

Hekimin tazminat sorumluluğuna gidilebilmesi için son şart hekimin eylemi ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının bulunmasıdır. Ortaya çıkan zarardan hekimin sorumlu olduğunun ispatı hastaya aittir⁴⁵. Mücbir sebepler, üçüncü kişinin sorumluluğu veya hastanın kendi kusurunun söz konusu olduğu durumlarda illiyet bağının varlığından söz edilemez⁴⁶.

3.1.1 Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu

Tıbbi müdahale, hekimin tedavi etmek amacıyla hasta üzerinde uyguladığı eylemleri ifade etmektedir. Söz konusu tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için bazı şartların birlikte bulunması gerekmektedir. Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılmak için ilk önce hastanın rızasının bulunması gerekmektedir⁴⁷. Yani müdahalenin hukuki olarak geçerli olabilmesi için hastanın hekim tarafından yapılacak işlemler ve olası komplikasyonlar ile ilgili bilgilendirilmesi ve hastanın tüm bunlara rızasının olması gerekmektedir⁴⁸. Bununla beraber, tıbbi müdahale bu müdahaleye yetkisi olan kişiler tarafından yapılmalı, hukuken kabul edilebilir amaca yönelik olmalı ve tıbbin sınırları içerisinde kalmalıdır⁴⁹. Bu şartlara uyulmaması halinde tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan bahsedilmesi imkânsızdır. Tüm bunlarla beraber sağlık çalışanlarının tüm dikkat ve özeni göstermelerine rağmen ortaya beklenmedik durumların çıkması halinde de hekimin sorumluluğuna gidilmesi yasal olarak mümkün değildir.

1982 Anayasasının 17. maddesinin 2. fıkrası ile de bu hususta düzenleme yapılmış ve “*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne*

⁴⁴ Atlan, Hülya, “Beden Bütünlüğünün İhlalinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi”, *AÜHFĐ*, 2016/65(4),s. 2664.

⁴⁵ İpekyüz, s. 37.

⁴⁶ İpekyüz, s. 37.

⁴⁷ Kaya, Mine, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, 2012(100), s. 53

⁴⁸ Şatır, Nejdət, *Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai sorumluluğu Yargıtay-Danıştay İçtihatları, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 15.*

⁴⁹ Kaya, s. 48.

dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz” denilmiştir. Aynı şekilde Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesinde de;

“Hastaya;

a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,

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

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

ç) Muhtemel komplikasyonları,

d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,

e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,

f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği,

hususlarında bilgi verilir.”

şeklinde düzenleme yapılmıştır. Uygulamada sağlık personeli hastayı aydınlattığını ve hastanın bu müdahaleye rızasının olduğunu ispatı için hastaya tıbbi müdahalenin sonuçlarının açıklandığı, hastanın özgür idaresi ile tüm olası sonuçları kabul ettiği hakkında belge imzalatarak kendisini hukuken koruma altına almaktadır. Belgenin hastanın kendi rızasıyla imzalanmasında dahi hekimin ortaya çıkan durumdan sorumlu olmadığını kabulü mümkün değildir. Böyle durumda en önemli husus, hekimin tüm dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmış olmasıdır. Eğer ortaya çıkan komplikasyona sebep hekimin özen ve dikkat eksikliği ise bu durumda hastadan onam alınması hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmamalıdır.

Aynı zamanda hekimin aydınlatma ve rıza konusunda yanılışı da ortaya çıkabilir ki bu gibi durumlarda hukuka uygunluk sebeplerinin şartlarında yanılışı olabileceği gibi hukuki yanılıştan da bahsedilebilmesi mümkündür⁵⁰. Hekimin aydınlatma ve rızanın

⁵⁰ Hakeri, 2016, s. 274.

hukuka uygunluk şartlarının gerçekleştiği hususunda yanılması halinde hukuka uygunluk sebebinin şartlarında yanılığın söz konusu olur⁵¹. Ancak bunun tam aksine hekimin aydınlatma ve rıza yükümlülüğü var olmasına rağmen yanılarak aksinin düşünülmesi halinde ise hukuki yanılığın sorunu ortaya çıkmaktadır. Görüldüğü üzere ceza hukukunda her iki yanılığa bağlanan sonuçlar farklılık arz etmektedir⁵².

Müdahale için hastanın rızasının bulunması kural olsa da bazı durumlarda hastanın rızası olup olmamasına bakılmaksızın yapılan müdahalenin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir⁵³. Bunlar “*üstün kamu yararına dayanarak yapılan müdahaleler*” ve “*hastanın üstün özel yararına dayanarak yapılan bazı müdahaleler*” olarak ikiye ayrılmaktadır. Anayasanın 17. maddesinde de düzenlendiği üzere bazı tıbbi müdahaleler kişinin rızası bulunmasa dahi gerçekleştirilebilir. Kamu sağlığının söz konusu olduğu hallerde bulaşıcı hastalıklarla mücadele sırasında kanuna uygun olarak yapılması gereken işlem veya mahkeme tarafından verilmiş olan bir kararın yerine getirilmesi için kişinin rızası olmasa dahi müdahale yapılabilmesi mümkündür⁵⁴. Mesela basına yansımış olan bir olaya göre anne ve baba çocuklarına yapılması gereken ve tıbben zorunlu olan aşığı yaptırmaktan kaçınmış ve bu nedenlerle olay yargı yoluna taşınmış⁵⁵ ve Yargıtay anne ve babanın rızası olmasa dahi Sağlık Bakanlığı tarafından zorunlu olarak kabul edilen bu aşının yapılması gerektiği sonucuna varmıştır⁵⁶. Aynı şekilde hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı zamanlarda rızaya gerek olmadan müdahalede bulunmak mümkündür⁵⁷. Trafik kazası sonucu veya başka bir sebeple hastanın bilincinin kapalı olmasını bu gibi durumlara örnek gösterebilmek mümkündür. Bu istisnai durumlar Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesi ile de düzenlenmiş ve acil durumlarda müdahale için hastanın rızasının gerekmediği belirtilmiştir. Yani bu gibi

⁵¹ Hakeri, 2016, s. 274.

⁵² Hakeri, 2016, s. 274.

⁵³ Kahraman, s. 497.

⁵⁴ Kahraman, s. 496.

⁵⁵ Kahraman, s. 499.

⁵⁶ Y. 2. HD. T. 04.05.2015 E.2014/22611, K.2015/9162 “*Çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşığı ile ilgili olarak aydınlatıldıkları halde hiçbir haklı gerekçe ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa çocuğun menfaatine aykırı olan bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz. Diğer bir ifadeyle ana ve babanın rıza göstermemeleri çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz*”. (sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

⁵⁷ Oral, Tuğçe, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasının Alma Yükümlülüğü”, *ABD*, 2011/2, s. 203.

durumlarda tıbbi müdahale dolayısıyla hekimin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir.

Bazı durumlarda ise hastanın rızası olsa dahi tıbbi müdahalenin yasal olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁵⁸. Ötenazi kavramı bu duruma örnek gösterilebilecek olup bu kavram ileride ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

3.2 Hekimin İdari Sorumluluğu

Tıbbi müdahale için hastanın hastaneye başvuru yapması ve hastaya yanlış teşhis veya tedavi yapılması durumunda hastanenin idari sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bu hususta ise kamu hastanelerinin ve özel hastanelerin sorumlulukları olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Hastanın kamu hastanesine müracaat etmesi sonucunda hastanın kamu hizmetinden yararlanması durumu ortaya çıkmaktadır⁵⁹. Bu gibi durumlarda hasta ile hastane arasında sözleşme ilişkisi değil de⁶⁰ kamu hukuku esaslarına göre idare hukuku ilişkisi kurulmaktadır⁶¹. Bu gibi durumlarda da ikili bir ayrıma gidilmesi mümkündür⁶². Kamu hastanesinde çalışan bir hekim aracılığıyla yapılan işlemlerde idarenin hizmet kusuru; hekimin kendi kişisel kusurunun bulunduğu durumlarda ise kişisel kusur nedeniyle tazmin yükümlülüğü meydana gelmektedir⁶³. Hizmet kusuru idarenin kurduğu herhangi bir kamu hizmeti veya kurulan hizmetin işletmesinde ortaya çıkan kusur olarak nitelendirilmektedir⁶⁴. Hekimin görevi ile ilişkisi olmayan veya dolaylı olarak ilişkisinin olduğu durumlarda ise kişisel kusur türü kavramı karşımıza çıkmaktadır⁶⁵. Kamusal hizmetlerin geç işlemesi veya hiç işlememesi gibi durumlarda daha önce de ifade edildiği üzere devletin ve idarenin sorumluluğuna gidilmektedir. Fakat hekimin kişisel davranışlarından dolayı ortaya çıkan durumlarda ise subjektif bir sorumluluk meydana gelmektedir. Mesela çıkan bir kavga

⁵⁸ Demirörs, Özge, Sevinç Arslan Hızal, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi”, *AÜHFD*, 2016/64 (4),s. 1509.

⁵⁹ Hakeri, 2016, s. 343.

⁶⁰ Canbolat, s. 160.

⁶¹ Demir, s. 229.

⁶² Canbolat, s. 160.

⁶³ Çağlayan, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, (5.baskı), Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 555.

⁶⁴ Çağlayan, s. 556.

⁶⁵ Çağlayan, s. 557.

sonucunda hekimin hastayı darp etmesi durumunda hekimin kişisel sorumluluğuna gidilerek tazminin kendisinden talep edilmesi gerekmektedir⁶⁶.

Özel hastanelerde ise, hastane ile hasta arasında sözleşme kurulduğundan hasta hekim ile değil doğrudan doğruya hastane ile muhatap olmaktadır⁶⁷. Dolayısıyla bu gibi durumlarda hastanenin kusursuz sorumluluğu söz konusu olmaktadır⁶⁸. Kural olarak özel hastanelerde gerçekleşen müdahalelerde sorumluluk sağlık personelinde olmakla beraber hastanenin de bünyesinde çalıştırdığı personeli özenli bir şekilde seçmesi gerektiğinden dolayı sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür⁶⁹.

İdare hukukunda tazminat sorumluluğuna gidilebilmesi için zarar, kusur ve illiyet bağı unsurlarının bulunması gerekmektedir⁷⁰. Gerek devlet hastanelerinde gerek özel hastanelerde hekimin kusurundan dolayı ortaya çıkan zararlar sebebiyle ödenen tazminatın daha sonradan zarara neden olan sağlık görevlisinden rücu edilerek istenmesi mümkündür. Bu gibi durumlarda taraflar kusurları oranında sorumlu tutulmaktadırlar⁷¹.

3.3 Hekimin Mesleki Etik Sorumluluğu

Tıp etiği, tıp ve sağlık alanında yapılan bilimsel ve pratik çalışmaların etik bakımdan incelenmesi ve aynı zamanda hekim ile hasta arasında yaşanan meslek ahlaki sorunlarının değerlendirilip çözümlenmesini hedefleyen bir disiplin şekli olarak

⁶⁶ Çağlayan, s. 556.

⁶⁷ Hakeri, 2016, s. 341.

⁶⁸ Y. 13. HD. T. 07.07.2006, E. 2006/6143, K. 2006/11224 “...davalı hastane istihdam eden sıfatı ile hastanede çalışan doktorların neden olacağı zararlardan kurtuluş kanıtı getiremediği sürece, kusursuz sorumluluk ilkesi gereği sorumludur...”

⁶⁹ Hakeri, 2016, s. 342.

⁷⁰ Çağlayan, s. 591.

⁷¹ Y. 4. HD. T. 29/04/2014, E.2013/12773, K. 2014/6811 “... Mahkemece yapılan yargılama sonucunda; İdare Mahkemesi tarafından aldırılan raporlar ile Mahkemece alınan raporların birbirleri ile uyumlu olduğu, Sağlık Bakanlığı'na 6/8 oranında kusur izafe edildiği, genel olarak raporların hepsinde ameliyat öncesi sodyum seviyesine bakılmadığı gibi, ameliyat sonrasında da takibin iyi yapılmayarak ölüme sebebiyet verildiği belirtildiğinden, davalı doktorun kusurun tamamından sorumlu olduğu kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmiştir. Dosya kapsamından, Zonguldak Devlet Hastanesi'nin acil bölüm laboratuvarında tetkiklerde aksamalar olduğu, özellikle kan elektroliti inceleme imkânının olmadığı, ameliyat sırasında anestezi uzmanına ulaşılamaması nedeniyle ameliyatın teknisyen nezaretinde yapılması gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde; hastane koşullarının yeterli olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, Sedat Kaymaz'ın ameliyattan sonra Zonguldak Karaelmas Üniversitesi'ne sevki sağlanarak bir kısım tedavisine orada devam edildiği dikkate alındığında, Borçlar Kanununun 43. Ve 44. Maddelerine göre zararın bir bölümünün tazminat alacaklısının üzerinde bırakılması gerekir. Mahkemece, BK. 43 ve 44 maddeleri gereğince hak ve adalete uygun bir miktarda indirim yapılması gerekirken, bu hususun değerlendirilmemiş olması doğru bulunmamıştır...”(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

tanımlanmaktadır⁷². Diğer bir deyişle tıbbi etik, tıp uygulaması içinde bulunan sorunların ele alındığı alan ile ilgilenmektedir. Tıp etiği alanında en önemli kaynak olan Hipokrat andı bu ilkelerin temelini oluşturmaktadır⁷³. Tüm hekimlerin uymakla yükümlü oldukları etik ilke ve kurallar söz konusu bu yazılar ile günümüze kadar ulaşmıştır. Hipokrat andının temel kuralı hekim tarafından hastanın kişisel özelliklerine bakılmaksızın ayırım yapılmadan hastanın yararı için çalışılmasıdır⁷⁴. Aynı şekilde tıp etiği konusunda esas olarak beş ilkeden bahsedilmekte olup bu hususta hekimden hastaya zarar vermeden, adil davranarak, hastayı aydınlatıp ve rızasını alarak, hastaya karşı yararlı davranışlarda bulunmaları ve son olarak hastanın sırrını saklamaları talep edilmektedir⁷⁵. Hekimin kendisine yüklenmiş olan etik ve hukuki yükümlülükleri yerine getirirken aynı düzeyde olan ortalama hekim davranışı esas alınarak meslek kusurunun var olup olmadığı sonucuna varılmaktadır. Yargıtay tarafından verilmiş olan bir kararda;

“Bir davada, dayanılan maddi olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini bulmak ve uygulamak doğrudan hâkimin görevidir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayanılmıştır. Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle, hekimin ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Vekil, 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

⁷² Kızılarşlan, Hakan, Ceza Muhakemesi Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma, Ankara 2007, 68; Özçetin ve Balaban, s. 182.

⁷³ Aydın, Erdem, “Hekim-Hasta İlişkinin Etik Yönü”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, 1998/6 (1), s. 8.

⁷⁴ Aydın, 1998, s. 9.

⁷⁵ Kızılarşlan, 2007, s. 72.

tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmak ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır...⁷⁶

şeklinde ifadelerde bulunulmuştur.

3.4 Hekimin Cezai Sorumluluğu

Hekim tıbbi müdahale ettiği zaman asıl amacı insan hayatına hizmet etmek olmalıdır. Hekimlerin bu amaca aykırı hareketlerle gerçekleştirmiş oldukları kasıtlı veya taksirli eylemlerinden dolayı aynı zamanda ceza hukuku bakımından da sorumlulukları ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla hekim tarafından yapılan eylemin suç olarak kabul edilebildiği hallerde ceza hukuku kuralları uygulama alanı bulur. Ceza hukuku bakımından kusursuz ceza olmayacağı ilkesi benimsenmiştir. Bu ilkeye göre eğer kişi yaptığı eyleminden doğacak sonucu hiçbir şekilde öngöremezse bu durumda sorumluluğundan bahsedilemez. Sağlık personelinin yapma veya yapmama şeklindeki eylemleri sonucu icrai veya ihmali iki türlü sorumlulukları ortaya çıkmaktadır. Hekimin yapma şeklinde olan eylemi icrai; yapmama şeklinde olan eylemi ise ihmali davranış olarak adlandırılmaktadır. Hekimin bilerek ve isteyerek ortaya çıkan sonuca neden olması halinde kasta dayalı sorumluluğunun; dikkatsizlik, tedbirsizlik, özensizlik veya ihmali sonucunda ortaya çıkan durumda ise taksire dayalı sorumluluğunun var olduğu kabul edilmektedir⁷⁷.

Ceza sorumluluğu kişisel sorumluluk olup, ortaya çıkan sonuçtan hekimin bizzat kendisinin sorumluluğu bulunmaktadır.

Daha önce de ifade edildiği üzere tıbbi müdahaleyi yapanın hekim olması, hastanın aydınlatılarak rızasının alınması, hekimin yapılan müdahale zamanı gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir. Tıbbi müdahaleyi yapanın hekim olmaması veya hastanın rızasının olmadığı durumlarda hekimin kasıtlı davranışından dolayı

⁷⁶ Y. 13. HD. T. 28.06.2018, E.2018/3376, K.2018/7454. (sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

⁷⁷ Hakeri, 2014, s. 233.

sorumluluğu kabul edilmektedir. Diğer durumlarda ise yani hekimin ihmali davranışı veya dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylemlerinde ise taksire dayalı sorumluluk ortaya çıkmaktadır. Buna örnek olarak yanlış teşhis veya tedavi, tedavide gecikmek, elverişsiz anestezi kullanmak, gerekli olmadığı halde cerrahi tedavi uygulamak veya gerekli olmasına rağmen acil tedbirlere başvurmamak hallerini göstermek mümkündür.

Bu çalışmanın asıl amacı sağlık mensuplarının fail olabilecekleri suçları inceleyerek bu suçlardan dolayı cezai sorumluluklarını açıklığa kavuşturmadır.

4 HEKİMLERİN FAİLİ OLABİLECEKLERİ SUÇLAR

Bu başlık altında tıp hukuku alanında sağlık personellerinin kastları veya ihmallerinden dolayı ortaya çıkması muhtemel olan suç tipleri ele alınmıştır.

4.1 Kasten Öldürme ve Yaralama

4.1.1 Genel Olarak

Herkesin insan olması sebebiyle doğuştan kazanılmış hakları bulunmaktadır. Bu hak ve özgürlüklerin en başında hiç şüphesiz hayat hakkı gelmektedir⁷⁸. Hayat hakkı insanın en öncelikli, vazgeçilmez ve devredilmez hakkıdır. Hayat hakkı Anayasanın 17. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere tüm ulusal ve uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınmıştır⁷⁹. Bu bağlamda kasten öldürme veya yaralama suçları ile korunan hukuki değer de insanın hayat ve vücut hakkına yöneliktir⁸⁰. Bu sebeplerle ceza kanunları insan hayatına karşı işlenen suçlar ile ilgili en ağır cezaları öngörmektedir. Şöyle ki Türk Ceza Kanununun 81.maddesinde de düzenlendiği üzere kasten öldürme suçunu işleyen kişi müebbet hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

Sağlık mensuplarına karşı açılan davalar incelendiği zaman haklarında genel olarak taksirli suçlardan dolayı davalar açıldığı anlaşılmaktadır. Fakat tüm bunların aksine bazı durumlarda kasıtlı suçlardan dolayı yargılanmaları da mümkündür. Yasadışı kürtaj veya organ nakli suçları bu gibi durumlara örnek gösterilebilir. Sağlık mensupları tarafından işlenebilecek kasten öldürme veya yaralama eylemleri de sadece yaşayan

⁷⁸ Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, “Kasten Öldürme Suçu”, MÜHF –HAD, 17 (1-2), s. 100.

⁷⁹ Gökçen ve Murat, s. 102.

⁸⁰ Tezcan, Durmuş, vd., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (12. baskı), Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 127.

insana karşı gerçekleştirilebilir. Kasten öldürme veya yaralama suçlarının sağlık mensubu veya diğer kişiler tarafından işlenmesi arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla hekim tarafından işlenen kasten öldürme ya da yaralama eylemlerinde TCK'nın 81 ve 86. maddeleri uygulanacaktır.

4.1.2 Suçun Unsurları

4.1.2.1 Fail

Genel olarak kasten adam öldürme⁸¹ ve yaralama⁸² suçlarının failinin herkes olabilmesi mümkündür. Fakat bu çalışma açısından bu suç tiplerinin faili sadece sağlık mensupları ve bu bağlamda hekimler olabilir. Bu hususta hekimin devlet veya özel hastanede çalışması arasında bir fark bulunmamaktadır⁸³. Şöyle ki 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 1. maddesi de incelendiği zaman hekimlik yapabilmenin tıp fakültesi mezunu olmak şartına bağlandığı görülmektedir.

4.1.2.2 Mağdur

Bu suçlarının mağdurunun yaşayan herkes olabilmesi mümkündür⁸⁴. Yani kimliği fark etmeden erkek, kadın, yaşlı, çocuk, herkes her iki suçun mağduru olabilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus ceninin bu suç bağlamında mağdur konumunda olamayacağıdır⁸⁵. Çünkü kişilik çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlayarak⁸⁶ ölümle sona ermektedir⁸⁷. Bu suçun mağdurunun yaşayan insan olması gerektiği kabul edildiğine ve ceninin de sağ doğmak şartıyla insan niteliğini kazanabileceğine göre ceninin mağdur veya maktul sayılabilmesi mümkün değildir. Bu konuda esas alınması gereken ikinci husus ise “beyin ölümü”nün gerçekleşmemiş olmasıdır⁸⁸. Beynin faaliyetinin durması ölüm olgusu olarak kabul edilmektedir. Beyin ölümü gerçekleşmiş kimseye karşı kasten öldürme veya yaralama suçlarının

⁸¹ Tezcan, vd., s. 127.

⁸² Tezcan, vd., s. 218.

⁸³ Şatır, s. 330.

⁸⁴ Tezcan, vd., s. 128.

⁸⁵ Şatır, s. 330.

⁸⁶ Özbek, Veli Özer, vd. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (7.baskı), Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 101.

⁸⁷ TMK, Md.28/1.

⁸⁸ Hakeri, 2016, s. 427.

işlenemeyeceği aşikârdır. Ancak hekim tarafından gerçekleştirilen eylemin başka bir suç oluşturması halinde o suç bakımından sorumluluğu kabul edilmektedir⁸⁹.

4.1.2.3 Manevi Unsur

Türkiye genelinde hekimler hakkında yapılan yargılamalar incelendiği zaman genel olarak taksirle sebebiyet verdikleri eylemlerden dolayı cezalandırıldıkları görülmektedir. Ancak bazı istisnai durumlarda hekimin gerçekleştirdiği eylem sebebiyle ortaya çıkan durumlarda kastının olduğu ve bu yönde cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir. Kast suçun manevi unsurudur⁹⁰. Kural olarak kimse kastı olmadan gerçekleşen bir durumdan dolayı cezalandırılmaz.

Yaralama suçu bakımından kastın meydana geldiğinin kabulü için bazı zararların oluşması gerekmektedir. Vücuda zarar vermek amacı ile yapılan her türlü hareketler yaralama suçu bakımından zarar olarak kabul edilmektedir. Vücuda yapılan bu etkinin ağır veya belirli bir aşamaya ulaşması gerekmektedir⁹¹. Ortaya çıkabilecek olan diğer zarar türü ise sağlığı bozmadır. Bu anlamda ortaya çıkan zararın var olduğunun kabulü için hastalık boyutuna ulaşması zorunlu değildir⁹². Algılama yeteneğinin bozulması durumu da yaşanabilir ki bu gibi durumlarda kişinin ruhsal durumunda olumsuz değişiklikler meydana gelmektedir. Yine aynı şekilde bu değişikliklerin hastalık boyutuna ulaşması zorunlu değildir. Kişi tarafından sinirsel bir değişim yaşanması halinde dahi kasten yaralama suçunun meydana geldiğinin kabulü gerekmektedir⁹³. Ancak bu suçun oluşabilmesi için daha önce de ifade edildiği üzere failin ortaya çıkabilecek neticeleri bilmesi ve sonucu isteyerek hareket etmesi gerekmektedir.

4.1.2.4 Fiil

Kasten adam öldürme veya yaralama suçları herhangi bir şekilde işlenebilir⁹⁴. Hekimin kastı doğrudan olabileceği gibi olası kast şeklinde de olabilir. Doğrudan kast durumunda hekim ortaya çıkacak sonucu bilerek ve isteyerek suçun kanuni tanımındaki fiili işlemektedir. Mesela hasımı olan bir hastaya bilerek müdahale etmeme durumunda

⁸⁹ Şatır, s. 330.

⁹⁰ Hakeri, 2014, s. 206.

⁹¹ Birtek, Fatih, Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi, AÜHFİD, 2009, 58(2) s. 249.

⁹² Birtek, s. 249.

⁹³ Birtek, s. 250.

⁹⁴ Tezcan, vd., s. 132.

hekimin doğrudan kastı söz konusudur. Burada icrai davranışla yapılan bir eylem mevcuttur. Bazı durumlarda ise suçun kanuni tanımındaki fiilin gerçekleşebileceği mümkün veya muhtemel bir şekilde öngörülmesine rağmen meydana gelecek olan sonuç göze alınarak eylem gerçekleştirilir ki bu durumda da olası kast durumu ortaya çıkmaktadır. Mesela bulaşıcı hastalığı bulunan bir hastanın hekim tarafından başka hastalarla aynı ortamda bulundurulması halinde diğer hastalara hastalığın geçebileceğinin öngörülmesine rağmen bu eyleme devam edilmektedir. Yani hekim böyle bir neticenin meydana gelebileceğini öngörmesine rağmen sonucu göze alarak fiilin işlenmesine devam etmiştir.

Kasten öldürme suçu TCK m. 81’de düzenlenmiş olup iş bu kanun maddesine göre kasten öldürme suçunun basit hali müebbet hapis nitelikli hali ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Kişinin suçu,

- Tasarlayarak
- Canavarsa Hisle veya Eziyet Çektirerek
- Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle
- Üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı
- Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı
- Gebe olduğu bilinen kadına karşı
- Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle
- Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla
- Bir suçu işleyememekten dolayı duyduğu infialle
- Kan gütme saikiyle
- Töre saikiyle

işlemesi halinde suçun nitelikli halleri oluşmaktadır.

Bu hallerin gerçekleşmesi halinde kişi, yani bu çalışma açısından hekim ağırlaştırılmış müebbet cezası ile cezalandırılacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere hekimin yaptığı eylemin hukuka uygun olabilmesi için hastanın aydınlatılmış olması, rızasının bulunması ve bu eylemlerin hekim tarafından yapılmış olması şarttır. Zorunluluk hali söz konusu olmadıkça hekim dışında birisi tarafından yapılan müdahaleler sonucu meydana gelen olumsuz sonuçlardan dolayı sorumlulukta kastın olduğu kabul edilmektedir⁹⁵. Bu şartlara aykırı davranılan durumlarda yapılan eylem kasten yaralama suçuna sebebiyet vermektedir. Hekimler tarafından kasten öldürme suçunun çok fazla işlenmediği fakat bazı durumlarda kasten yaralamaya sebebiyetten dolayı yargılandıkları uygulamada rastlanan hallerdendir. Kastan yaralama suçu TCK'nın 86.maddesinde düzenlenmiştir. Bu kanun maddesine göre kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi bir yıl ile üç yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Daha sonra aynı maddenin 3.fikrasında ise suçun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Buna göre suçun;

- Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe
- Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı
- Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle
- Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle
- Silahla

işlenmesi hallerinde verilecek olan ceza yarı oranında artırılacaktır. Nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda şikâyet şartı aranmadan resen soruşturma yapılacaktır.

4.1.2.5 Netice

Kasten öldürme veya yaralama suçları kanunun suçun oluşması için fiilin icrasından ayrı olarak bir neticenin meydana gelmesini aradığı suçlardandır. Bu suçlar

⁹⁵ Hakeri, 2016, s. 428.

için ölüm veya yaralama durumlarının meydana gelmesi ile suçun işlenmiş olduğu kabul edilmektedir⁹⁶.

4.1.2.6 Nedensellik Bağı

Kasten öldürme veya yaralama suçunun hekim tarafından işlenmiş olduğunun kabulü için eylem ile ortaya çıkan netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir⁹⁷. Uygun nedensellik bağının bulunmadığı durumlarda fail konumunda olan hekimin cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Mesela hekimden randevu alan birinin hastaneye gittiği sırada kaza geçirerek ölmesi veya yaralanması durumlarında nedensellik bağı bulunmadığından hekimin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir.

4.1.3 Suçun Özel Görünüş Biçimleri

4.1.3.1 Teşebbüs

İcrai hareketlere başlanıp da elde olmayan nedenlerden dolayı yapılan eylemin tamamlanması halinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir⁹⁸. Suça teşebbüsün var olduğunun kabulü için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir ki bu şartlar; söz konusu suçun kasten işlenebilen suçlardan olması, neticenin meydana gelmesi için elverişli hareketlerde bulunulması, icra hareketlerine başlanmış olunması ve suçun neticesinin failin elinde olmayan sebeplerden dolayı gerçekleşmemesidir⁹⁹. Daha önce de ifade edildiği üzere kasten öldürme ve kasten yaralama suçları netice suçu olup her iki durumun meydana gelmesi ile suç tamamlanmış olur. Failin öldürmek veya yaralamak maçı ile icrai hareketlere başlanıp fakat failin elinde olmayan nedenlerden dolayı netice meydana gelememişse bu durumda suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmektedir¹⁰⁰. Dolayısıyla bu suça teşebbüs mümkündür. Bununla beraber failin suçu önlemeye çalışması ve bu nedenle ölüm neticesinin meydana gelmediği hallerde fail yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır¹⁰¹.

⁹⁶ Gökçen, s. 116.

⁹⁷ Tezcan, vd., s. 132.

⁹⁸ Hakeri, 2014, s. 457.

⁹⁹ Bkz. Hakeri, 2014, ss. 463-477.

¹⁰⁰ Tezcan, vd., s. 184.

¹⁰¹ Tezcan, vd., s. 185.

4.1.3.2 İçtima

Bu suç tipleri için gerçek içtima söz konusu olmakta ve fail her ölüm veya yaralama neticesinden dolayı ayrı ayrı cezalandırılmaktadır¹⁰². Nitekim TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrası ile yapılan düzenlemeye göre kasten öldürme ve kasten yaralama suçları bakımından zincirleme suç kuralları uygulanamaz¹⁰³.

4.1.3.3 İştirak

Ceza hukukunda suç işlenmesinde yer alan kişilerin konumları bakımından faillik ve şeriklik olarak iki farklı sistem yer almaktadır¹⁰⁴. Faillik, kendi içerisinde doğrudan fail, müşterek fail, dolaylı fail ve yan fail olarak 4 gruba ayrılmakta; şeriklik ise, yardım eden ve azmettiren olarak 2 gruba ayrılmaktadır. Doğrudan fail, suçu bizzat ve tek başına gerçekleştiren kişiyi; dolaylı fail, suçu başka bir kişiyi vasıta kullanarak işleyen kişiyi; müşterek fail, tipik haksızlığın birden fazla kişi tarafından icrai hareketlerine birlikte başlanıp, suç üzerinde ortak hakimiyet kuran kişileri; yan fail, birden fazla kişinin birbirinden bağımsız olarak hareket etmesini; azmettirme, kişinin suç işleme yönünde hiçbir düşüncesi olmamasına rağmen kişide suç işleme düşüncesi oluşturmayı; yardım etme ise, kişinin suçun işlenişinde faile destek olmasını ifade eder¹⁰⁵.

Tek kişi tarafından işlenebilen suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde iştirak durumunun ortaya çıktığı kabul edilmektedir¹⁰⁶. İştirakin var olduğunun kabulü için birden fazla fail tarafından birden çok hareketin yapılması, yapılan hareketlerin suçun işleyişine etkili olması, iştirak iradesinin var olması, suçun icrasına başlanması ve suçun bütün ortaklar için aynı olması şartları aranmaktadır¹⁰⁷.

Suçun gerçekleşmesi için birden fazla failin ortak kararı ile icra hareketlerinin başlanması halinde failin birlikte sorumlu oldukları kabul edilmiştir. Şöyle ki TCK'nın

¹⁰² Tezcan, vd., s. 186.

¹⁰³ TCK. Md. 43: “- (1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 md.) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. (2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır. (3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.”

¹⁰⁴ Sözüer, s. 41; Koca/Üzülmez, s. 360.

¹⁰⁵ Bkz. Koca/Üzülmez, ss. 362-399.

¹⁰⁶ Hakeri, 2014, s. 509.

¹⁰⁷ Bkz. Hakeri, 2014, ss. 508-534.

37. maddesinin 1. fıkrasında suçun fiillerini birlikte gerçekleştiren kişilerin ayrı ayrı sorumlu olmaları düzenlenmiştir¹⁰⁸. Kasten yaralama suçu bakımından da suçun iştirak açısından bir özelliği bulunmamaktadır¹⁰⁹.

4.2 Kasten Öldürme Suçu Bağlamında Ötenazi

4.2.1 Genel Olarak

Ötenazi, ilk defa Bacon tarafından kullanıldığı ileri sürülen, etimolojik olarak Yunanca eu="güzel" ve tansios= "ölüm" kelimelerinin birleşmesiyle oluşan bir kavram olup dayanılmaz acılar içinde olan ve ölümüne kesin gözüyle bakılan bir hastanın kendi özgür iradesiyle ve tıbbi yollarla hayatına son verilmesi veya tıbbi yardımın kesilerek ölüme terk edilmesidir¹¹⁰. Ötenazi kavramı ilk defa 18. yy 'da ileri sürülmüş ve bu kavramı ilk ileri süren Bacon'a göre doktorun vazifesi hastanın ıstıraplarını azaltmak, hastayı sağlığına kavuşturmak olsa da bazı hallerde hastaya rahat ve kolay ölüm sağlayarak da onun ıstıraplarını azaltmak yoluna gidilebilir¹¹¹.

Ötenazi günümüzde dünya genelinde ve bu itibarla Türkiye'de de yasal olarak kabul edilmemektedir¹¹². Dolayısıyla ötenazinin yasal olmadığı ülkelerde bu yol ile hastanın hayatına son verilmesi halinde kasten öldürme suçunun işlendiği kabul edilmektedir.

Ötenaziden bahsedebilmek için bazı şartların birlikte oluşması gerekmektedir. Bu şartlar; ilk önce tedavi edilemeyecek hastalığı olan birinin olması, hastanın menfaati düşünülerek yani yaşadığı ağrı acılardan kurtarmak amacıyla kasıtlı olarak eylemin gerçekleştirilmesidir¹¹³. Ötenazinin yasal olarak kabul edildiği ülkelerde bu eylemin kim tarafından uygulanması gerektiği hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir

¹⁰⁸ TCK. Md. 37/1 "Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur..."

¹⁰⁹ Tezcan, vd., s. 257.

¹¹⁰ Şen, Y.Furkan, "Yaşam Hakkı: İdam, Kürtaj, Ötenazi ve Siyasal Sorumluluk" Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2015, 19(2), s. 16.

¹¹¹ Ötenazi konusu incelendiği zaman akla ilk olarak doktor Jack Kevorkian gelmektedir. Kevorkian gazetelerin birinde "Eğer ağrısız ölüm istiyorsanız ben size kolay ölümü hediye edeceğim" diye ilan vermiş ve 1990 yılından başlayarak 130 hastaya ötenazi uygulamıştır. Bundan dolayı Kevorkian Amerika Birleşik Devletlerinde "Ölüm Doktoru" olarak anılmaktadır. 2007 yılında tahliye edilen doktorla ilgili yapılan araştırmalar sonucunda doktor tarafından öldürülen hastaların ¼ kısmının aslında çaresiz hastalıklarının bulunmadığı belirlenmiştir.

¹¹² Demirörs ve Hızal, s. 1496.

¹¹³ Gürcan, E.Genç, "Ötenazi- Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme", AÜHFĐ, 2011/60(2),s. 264.

taftan ötenazinin herkes tarafından yapılabileceği ileri sürülse de, diğer taraftan ise hastanın kurtuluşu imkânsız bir hastalığa sahip olduğu hekim tarafından tespit edildiğine göre öldürme fiilinin de hekimler tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak ötenazinin yasal olmadığı Türkiye gibi ülkelerde her ne amaçla olursa olsun ve kim tarafından işlenirse işlensin hastanın hayatına bu şekilde son verilmesi suç oluşturmaktadır.

4.2.2 Ötenazinin Çeşitleri

Ötenazi hastanın genel durumu göz önünde bulundurularak ağrısız veya hafif ağrılı iğne ile, yüksek dozda ilaç vererek veya solunum cihazından ayırarak uygulanabilir¹¹⁴. Bunlardan başka ötenazinin uygulanmasının farklı çeşitleri de bulunmaktadır.

4.2.2.1 Dar Anlamda Ötenazi – Geniş Anlamda Ötenazi

Dar anlamda ötenazi kurtuluş ümidi olmayan, ölümün eşğine gelmiş hastaların kendi istekleri doğrultusunda, acılarının dindirilmesi amacıyla hayatlarına son verilmesi eylemidir. Yani bu ötenazi türü sadece ölümünün kesinleştiği veya ölümüne çok kısa süre kalmış hastalar için uygulanabilmektedir¹¹⁵.

Geniş anlamda ötenazi ise kurtuluşu olmayan hastalığa yakalanan hastaya acılarını azaltmak amacıyla ölüme yol açacak icrai harekette bulunarak yaşamına son verdirilmesidir¹¹⁶.

Geniş anlamda ötenazi ve dar anlamda ötenazi arasındaki temel fark zamana ilişkindir. Dar anlamda ötenazide hastanın ölümüne çok kısa süre kaldığı halde geniş ötenazide ise bu süreç haftalar veya yıllarca sürebilir¹¹⁷.

4.2.2.2 Aktif – Pasif Ötenazi

Aktif ötenazi ölümcül hastaya hekim tarafından ani ölüm yapacak dozda ilaç verilerek yaşamına son verilmesi halinde söz konusu olur. Yani ölüm icrai bir hareket

¹¹⁴ Gürçan, s. 265.

¹¹⁵ Şen, s. 16.

¹¹⁶ Besiri, Arzu, "Ötanazi ve Yaşam Hakkı" *TBB Dergisi*, 2009, (86), s. 190.

¹¹⁷ www.prizmahukuk.com/files/Otenazi.pdf (03/05/2017)

sonucunda gerçekleşmektedir¹¹⁸. Uygulanan tedavinin tek amacı hastanın hayatına son verilmesidir.

Pasif ötenazi ise hastanın tedavisinin kesilmesi sonucunda hayatına son verdirilmesidir. Bu ötenazi türünde hastanın hayatını kaybedeceğinin bilinmesine rağmen hiçbir müdahale yapılmamakta ve hasta ölüme terk edilmektedir¹¹⁹.

İki ötenazi türü arasındaki temel fark birinin icrai hareketlerle diğerinin ise pasif bir eylem sonucu gerçekleştirilmesidir. Mesela kanser hastasının tedavisinin kesilmesi sonucunda ölüm gerçekleşmesi halinde pasif ötenazi, hekim tarafından özellikle bunun için ilaç verilmesi halinde ise aktif ötenazi durumu meydana gelmektedir.

Yapılan araştırmalar sonucunda da günümüzde pasif ötenazinin aktif ötenaziye oranla daha sıcak karşılandığı görülmektedir. Pasif ötenaziye aktif ötenaziden daha iyi olduğunu savunanlar “Eylem ve Eylemsizlik” doktrinini savunmaktadırlar¹²⁰.

4.2.2.3 İradi Ötenazi – İradi Olmayan Ötenazi

İradi ötenazi bilinci yerinde olan hastanın kendi isteği ile ötenaziye imkân sağlanmasıdır. Bu durumda hastanın iradesinin bu yönde olduğuna dair hiçbir şüphe bulunmamaktadır. İradeye göre ötenazi hastanın talebi üzerine veya onun muvafakati ile uygulanabilir¹²¹. Birinci durumda hasta kendisi ötenaziye teklif etmekte, ikinci durumda ise hekim bu fikri ileri sürmekte hasta ise bunu kabul etmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 25. maddesine göre hasta tedaviyi kabul etmeme veya kabul edilen tedaviyi durdurma hakkına sahiptir. Fakat bunun için yazılı beyanının bulunması zorunludur. Hastanın tedaviyi reddetmesi pasif ötenazi ile sonuçlanmaktadır. Dolayısıyla pasif ötenazi için yazılı beyan zorunlu olarak kabul ediliyorsa aktif ötenazinin uygulanması için de yazılı irade açıklaması gerekmektedir.

İrade dışı ötenazi ise hastanın iradesi dışında genelde hastanın bilinci kapalı olduğu zamanlarda hasta yakınları veya doktor tarafından karar verilerek uygulanır¹²². Ancak genelde hukuk sistemleri irade dışı ötenaziye kabul etmemektedir. Çünkü hayat

¹¹⁸ Besiri, s. 192.

¹¹⁹ Besiri, s. 192.

¹²⁰ www.kozanbilgi.net/euthanasia-otenazi.html (05/05/2017)

¹²¹ Kılınç, Bilal, Türk Ceza Hukukunda Ötenazi, s. 304.

(<http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerIV/163.pdf>) (18/05/2019)

¹²² Şen, 2015, s. 16.

hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak kabul edildiği için üçüncü şahısların bu hak üzerinde tasarruf etmeleri mümkün olmamaktadır.

4.2.2.4 Kazai – Medikal Ötenazi

Uygulanması için bir mahkeme kararına gerek duyulan durumlarda kazai ötenaziden söz edilmektedir¹²³. Ancak ötenazinin yasal olarak yasaklanmadığı bazı ülkelerde mahkeme kararına gerek olmadan sadece hekim kararı ile ötenazinin uygulanması mümkündür. Bu durumda ise medikal ötenazi söz konusudur¹²⁴.

4.2.2.5 Dolaylı Ötenazi

Dolaylı ötenazi ise ölüm süreci devam eden hastanın yaşamakta olduğu ağrıları dindirmek için uygulanan ilacın kaçınılmaz yan etkisi olarak hastanın yaşamını kısaltması durumunda söz konusu olmaktadır¹²⁵. Yani bu ötenazi türünde hekim tarafından uygulanan ilaç ile hem hastanın acıları dinmekte hem de ölüm süreci hızlanmaktadır. Ancak hasta bu tedavinin ölüm sürecini hızlandırdığı konusunda bilgilendirilmelidir. Eğer hastanın onayı olursa bu tedavinin uygulanması mümkün olmaktadır¹²⁶. Dolaylı ötenazide hekim olası kastla hareket etmektedir¹²⁷.

Aynı zamanda Hasta Hakları Yönetmeliğinin 14.maddesine göre sağlık personeli gereken özeni göstererek hastanın hayatını kurtarmak, sağlığını korumanın mümkün olmadığı hallerde ise ıstırabını azaltmak veya acısını dindirmeye çalışmakla yükümlüdür¹²⁸. Bu maddede alınan tedbirlerin hastanın hayatını kısaltsa da hekimin bundan kaçınmayacağı açıkça belirtilmiştir.

4.2.3 Türk Hukukunda Ötenazi

Türk hukukunda hayat hakkı Anayasa ile koruma altına alınmıştır. Anayasaya göre sadece meşru savunma hali, tutuklunun kaçmasının engellenmesi, yetkili merciin

¹²³ Besiri, s. 193.

¹²⁴ Ulu, Fatih, “Ötenazi” Ankara, 2010. (http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1369.htm) (19/05/2019).

¹²⁵ Kılınç, s. 307.

¹²⁶ Özen, Muharrem, Meral Şahin, “Ötenazi”, *ABD*, 2010 (68), s. 20.

¹²⁷ Demirörs ve Hızal, s. 1499.

¹²⁸ Demirörs ve Hızal, s. 1489.

verdiği emrin uygulanması sırasında silah kullanılması durumlarında istisnai olarak hayat hakkının ihlali gündeme gelebilir.

TCK’da ötenazi ile ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. Hekimin kasten veya ihmali davranışla hastanın hayatına son vermesi suç teşkil etmektedir. Dolayısıyla aktif ötenazi hiçbir şekilde meşru olarak görülmemektedir¹²⁹. Aynı zamanda Hasta Hakları Yönetmeliğinin 13. maddesi ile de ötenazi açık bir şekilde yasaklanmış ve her ne suretle olursa olsun hayat hakkından vazgeçilemeyeceği hastanın veya başka birinin isteği doğrultusunda olsa dahi kimsenin hayatına son verdirilemeyeceği belirtilmiştir¹³⁰. Aynı şekilde Yönetmeliğin 25. maddesine göre hastanın ölümü geciktirecek olan tedaviyi kabul etmemesi mümkündür.

TCK’da ötenazi ile ilgili özel hüküm bulunmamaktadır. Ancak genel olarak ceza hukukçuları ötenazinin suç olduğunu kabul etseler de cezasının kasten öldürme suçunun aynı olmaması gerektiğinin savunmaktadırlar. Bu savunmaya gerekçe olarak fiili işleyen kişinin insani hislerle hareket ettiğini gösterirler¹³¹. Türk hukukuna göre hekimin hastaya acıyarak bu eylemi yapmasında en fazla TCK madde 62 uygulanarak 1/6 indirimle gidilmesi sağlanabilir¹³². Aynı zamanda bu yetkinin bazı durumlarda hekim tarafından kötüye kullanılabilceğini de ileri sürerek fiilin cezasız kalmaması gerektiğini de savunurlar.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun da önüne gelen bir olaya göre kan kardeş olmak maksadıyla sanık, mağdurun kendi isteği üzerine bıçakla kan çıkacak şekilde bileğine çizik atmak isterken aldığı alkolün tesiriyle derinden keserek yaralanmasına sebep olmuştur. Ceza Genel Kurulu verdiği kararı açıklarken;

“ Öğretide çoğunlukla mağdurun rızası takibi şikâyete bağlı müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edildiği halde resen kovuşturulan müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edilmemektedir. Bu suçta mağdurun rızasını kabul etmek bizi sonuçta ötenaziyi kabul etmeye kadar götürebilecektir ki Türk Hukukunda ötenazi kasten adam öldürme şeklinde cezalandırılmaktadır”

¹²⁹ Hakeri, 2016, s. 435.

¹³⁰ Akcan, E.Alan, “Ötanazi” *İÜHFM*, 2013 (1), s. 21.

¹³¹ Demirörs, ve Hızal, s. 1489.

¹³² Hakeri, 2016, s. 437.

şeklinde belirtmiştir¹³³.

Bu hususta ötenazinin tıbbi etik ile de ne derecede bağdaştığını değerlendirmek gerekir. Daha önce de ifade edildiği üzere tıp etiği denildiğinde ilk akla gelen Hipokrat Yemini'dir. Çünkü dünyanın her yerinde sağlık mensupları görevlerine Hipokrat Yemini ile başlarlar. Hipokrat yemini hekimlerin hastalarına ölüme yol açacak ilaç vermelerini yasaklamaktadır. Yani Hipokrat açık bir şekilde aktif ötenaziyi yasaklamıştır. Ötenaziyi uygulayan hekimin tıp etiğine aykırı davrandığı görüşü benimsenmektedir¹³⁴. Çünkü hekimin görevi hayat kurtarmaktır; hastanın hayat sürecini kısaltmak değildir.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere ötenazi Türk hukukunda yasak olup kasten adam öldürme suçu olarak kabul edilip cezalandırılmaktadır.

4.3 Kasten Öldürme ve Yaralama Suçunun İhmali Davranışla İşlenmesi

4.3.1 Genel Olarak

Kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi hali TCK m. 83, kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi hali ise aynı Kanununun 88. maddesi ile düzenlenmiştir. İhmali davranışla adam öldürme suçunda korunan hukuki değer yukarıda da açıkladığımız üzere kişinin hayat hakkıdır. Kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi suçunu düzenlendiği 83. maddeye göre;

“kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için kişinin;

- *Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması*
- *Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması*

Gerekir.”

¹³³ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun T. 01/02/2005, E. 2004/9-213, K.2005/3 Sayılı Kararı.

¹³⁴ Besiri, s. 197.

Madde gerekçesinde de açıklandığı üzere ihmal, kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklendiği hallerde, bu yükümlülüğe uygun davranılmamasıdır. Mesela bir hastanede görevli hekimin durumu acil olan hastaya zamanında müdahale yapmaması halinde ortaya çıkan sonuçtan dolayı ihmalinin olduğu kabul edilmektedir. Çünkü bu hususta hekime yüklenmiş olan hukuki bir yükümlülük mevcut olup hekim bu yükümlülüğünü ihmal ederek ortaya çıkan olumsuz neticeye sebebiyet vermiştir. İhmali hareketle öldürme suçunu sebep olan birinin bu suçtan sorumlu olabilmesi için bir takım unsurların bulunması gerekmektedir. Bu unsurlardan en önemlisi garantörlük kavramıdır. Bir kişiye belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğü getirilen durumlarda o kişinin garantör olduğu kabul edilmektedir¹³⁵. Garantör yükümlülük altında bulunanları üç sınıfa ayırmamız mümkündür. Bunlardan birincisi kanundan kaynaklanan garantör yükümlülüğü altında bulunanlardır ki sağlık mensuplarının sorumlulukları bu sınıf içerisinde değerlendirilmektedir¹³⁶. İkinci olarak sözleşmeden kaynaklanan garantör yükümlülüğü altında olanlar ve son olarak öne gelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlük olarak sıralamamız mümkündür¹³⁷.

Hususi Hastaneler Kanununun 32.maddesinde ani bir olay veya kaza neticesinde tedavi zorunluluğu ortaya çıkan hastaların hususi hastanelere başvuru veya nakillerinde acil olan tedavilerinin hekim tarafından derhal yapılmasının mecburi olduğu düzenlenmiştir. Hekimlerin kanundan kaynaklanan garantörlük yükümlülüklerinin dayanağı olan diğer bir düzenlemeye göre¹³⁸ hekimler, uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil durumlarda, mücbir sebep olmadığı sürece ilk yardımda bulunmalıdırlar. Dolayısıyla bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere hekimler ve diğer sağlık personelleri acil tıbbi müdahale gereken hallerde o an resmi olarak görevli olmasalar dahi garantör olarak hastaya yardım etmek ile mükelleftirler. Aynı düzenlemenin 18.maddesine göre de acil yardım, resmi veya insani bir vazifenin yerine getirilmesinde hekim hastaya bakma yükümlülüğünden kaçınamaz.

Yukarıda da açıklandığı üzere hekimlerin sözleşme gereğince de garantör olarak sorumlu olabilmeleri mümkündür. Bu gibi durumlarda resmi olarak görevli olmayan veya

¹³⁵ Hakeri, 2014, s. 159.

¹³⁶ Taşkın, Ş.Cankat, "Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme", TBB Dergisi, 2008 (79), s. 148.

¹³⁷ Hakeri, 2014. s. 161.

¹³⁸ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.3

acil müdahalenin söz konusu olmadığı hallerde hekimin açık veya zımni olarak hastanın tedavisi için müdahalede bulunmayı üstlenmeleri söz konusu olmaktadır¹³⁹.

Son olarak ise öne gelen tehlikeli eylemden dolayı da hekimlerin garantör olarak sorumluluklarını kabul etmek mümkündür. Bu gibi durumlarda kendi davranışı ile olumsuz bir sonuca neden olan hekimin bu sonucu önlemek için yapmakla yükümlü olduğu eylemler söz konusu olmaktadır¹⁴⁰.

4.3.2 Suçun Unsurları

4.3.2.1 Fail

Kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesini düzenleyen TCK maddesine göre;

“Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için kişinin belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün olması gerekmektedir.”

Kanun maddesinde “kanuni düzenlemeden ve sözleşmeden kaynaklı yükümlülük” ibarelerine yer verildiğinden ihmal suretiyle kasten öldürme suçunun özgü bir suç olduğu ve herkes tarafından işlenmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Hekimlerin yapmaları gereken bir şeyi ihmal ederek yapmamaları durumunda ortaya çıkan zarardan bu kanun maddesine göre fail olarak sorumlulukları bulunmaktadır.

4.3.2.2 Mağdur

Bu suçun mağdurunun herkes olabilmesi mümkündür¹⁴¹. Yukarıda kasten öldürme suçunun mağduru ile ilgili açıklanan bütün hususlar bu konu bakımından da geçerlidir. Burada da dikkat edilmesi gereken hususlar ceninin sağ doğum şartıyla bu

¹³⁹ Hakeri, 2016, s. 444.

¹⁴⁰ Taşkın, s. 173.

¹⁴¹ Akbulut, Emre, “İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu”, TBB Dergisi, 2006 (66), s. 209.

suçun mağduru olabileceği ve ayrıca beyin ölümü önceden başka bir eylemden dolayı gerçekleşmiş birinin bu suçun mağduru olamayacağıdır.

4.3.2.3 Fiil

Sağlık mensubunun pasif davranarak yani yapması gereken bir şeyi yapmayarak sebep olduğu eylemler bu suç dâhilinde değerlendirilmektedir. Yani aktif bir davranış yükümlülüğü bulunan birinin bu yükümlülüğe aykırı davranması bu suçun oluşumuna sebebiyet vermektedir¹⁴². Burada kısaca açıklanacak olursa eğer hekim ihmali davranışta bulunur ve bunun neticesinde olumsuz sonuç ortaya çıkarsa TCK m. 83 ve 88 uygulama alanı bulur. Ancak hekimin ortaya çıkacak olan neticeyi istememesi halinde TCK m. 85 ve 89 uygulanır. Yani 83. maddenin uygulanabilmesi için hekimin ihmalinin kasta dayalı olması gerekmektedir¹⁴³.

4.3.2.4 Manevi Unsur

İhmal suretiyle kasten adam öldürme veya yaralama suçundan sağlık mensuplarının sorumlu olabilmesi için ihmali hareketin kasta dayalı olması gerekmektedir¹⁴⁴. Yani failin ihmali hareketini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi, ölüm veya yaralama neticesini öngörmesi ve aynı zamanda kendisine aktif bir müdahalede bulunma yükümlülüğü yüklendiğinin de bilincinde olması gerekmektedir¹⁴⁵. Bu suçun gerçekleştiğinin kabulü için genel kast olması yeterlidir.

4.3.2.5 Netice

İhmali davranış sonucunda ölüm veya yaralanmanın meydana gelmesi ile neticenin oluştuğu kabul edilmektedir. Beyin fonksiyonlarının geri dönüş ihtimali olmadan tamamen durması ile suçun netice unsuru oluşmaktadır¹⁴⁶. Yaralanma ise tıp hukuku alanında sağlığın bozulması anlamına gelmektedir.

4.3.2.6 Nedensellik Bağı

Failin ortaya çıkan eylemden sorumlu olduğunun kabulü için sonuç ile eylem arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Ölüm veya yaralama

¹⁴² Akbulut, s. 210.

¹⁴³ Şatır, s. 332.

¹⁴⁴ Hakeri, 2016, s. 442.

¹⁴⁵ Akbulut, s. 211.

¹⁴⁶ Akbulut, s. 210.

neticesi ile ihmali davranış arasında nedensellik bağı olmaması halinde yani bu neticelerin oluşmasında ihmali hareketin etkisi olmamışsa failin sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün olmaz. Bunlarla beraber doktrinde kabul edilen görüşe göre bu suçtan sorumlu tutulabilmesi için failin neticeye engel olma imkanına sahip olması gerekmektedir¹⁴⁷. Tıbbi müdahaleye ihtiyacı olan birine yardım ederek neticeye engel olabilecek bir sağlık personelinin buna aykırı davranması halinde sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir.

4.4 Taksirle Öldürme ve Yaralama

4.4.1 Genel Olarak

Hekimler tarafından işlenen suçlar ile ilgili kararlar incelendiği zaman genel olarak hekimlerin taksirlerinden dolayı yargılandıkları görülmektedir. Hekimlerin dikkatsizliği neticesinde bazı olumsuz sonuçlar ortaya çıkabiliyor ki bu gibi durumlarda hekimlerin taksirli olarak sorumlu oldukları kabul edilmektedir. Taksirle öldürme suçu TCK m. 85’de düzenlenmiş olup bu maddeye göre “ *taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”. Aynı şekilde TCK m. 89’da taksirle yaralama suçu düzenlenmiş olup bu kanun maddesine göre “ *taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır*”. Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere bu suç ile korunan hukuki değer insanın vücut dokunulmazlığıdır¹⁴⁸. Taksirli ve kasıtlı suçları ayıran özellik neticenin istenilip istenilmediğidir. Daha önce de ifade edildiği üzere fail bilerek ve isteyerek suçu işliyorsa kastının, ancak ortaya çıkacak olan olası neticeyi öngörmemesi veya öngörmesine rağmen kendi becerilerine güvenmesi hallerinde ise taksirinin olduğu kabul edilmektedir. Yani tıp biliminin gereklerine uyulmadan, gerekli özen gösterilmediği için yanlış teşhis ve tedavi uygulanması, gerekli tedbirler alınmadan tedaviye başlanması, gerekli dikkat gösterilmeden tıbbi müdahale yapılması hallerinde hekimin taksirli sorumluluğu mevcuttur. Dolayısıyla hekimden olası risklere karşı önlemler alması ve tıbbi müdahale zamanı gereken özen ve dikkati göstermesi beklenmektedir. Bazı durumlarda hekimin

¹⁴⁷ Akbulut, s. 211.

¹⁴⁸ Tezcan, vd., s. 200.

tüm özen ve dikkati göstermesine rağmen bazı kötü sonuçlar çıkabilir ki bu gibi sonuçlar tıp dilinde “komplikasyon” denilen, tıbbın kabul ettiği normal riskler çerçevesinde olduğu için hekime sorumluluk yükletilmesi mümkün olmamaktadır. Bu konu ile ilgili daha sonra ayrıntılı açıklamalarda bulunulmuştur.

4.4.2 Suçun Unsurları

4.4.2.1 Fail

Bu suç herkes tarafından işlenebilen suç olup incelenen konu bakımından ise sağlık mensupları bu suçun faili olarak kabul edilmektedir. Yukarıda bununla ilgili ayrıntılı bilgi verildiği için konu ile ilgili bu başlık altında ayrıntılı açıklamalara yer verilmeyecektir.

4.4.2.2 Mağdur

Yukarıda incelenen suçlar ile ilgili mağdur unsuru bakımından yapılan açıklamaların bu konu için de geçerlilikleri bulunmaktadır. Beyin ölümü önceden gerçekleşmemiş olan ve sağ ve tam doğum şartıyla yaşayan insanlar bu suçun mağduru olabilirler.

4.4.2.3 Fiil

Bu suçların oluşması için hekimin fiilleri icrai veya ihmali şekilde olabilir¹⁴⁹. Müdahalenin yanlış yapılması, tedavi aşamasında yanlış ilaç verilmesi gibi durumlarda fiili unsur gerçekleşmektedir. Bunun gibi kurallara uygun nöbet tutulmadığı için tıbbi müdahalenin zamanında yapılamaması nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan dolayı hekimlerin cezai sorumlulukları söz konusu olabilmektedir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamenin 18. maddesinde de düzenlendiği üzere acil durumlarda hastaya tıbbi yardımda bulunmak zorunlu olup bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde hekimin sorumluluğu gündeme gelecektir.

¹⁴⁹ Tezcan, vd., s. 200.

4.4.2.4 Manevi Unsur

Taksir, Arapça bir kelime olup sözlükte “*bir işi eksik yapma, bir şeyi yapabilirken çekinip yapmama, kusur etme*” gibi anlamlara gelmektedir¹⁵⁰. Hukuki anlamda ise taksir, öngörülebilir neticenin öngörülmeden hareketin işlenmesi şeklinde bilinçsiz taksir olabileceği gibi neticenin öngörülmesine rağmen gerçekleşmeyeceğine güvenerek hareketin işlenmesi şeklinde bilinçli taksir olabilir¹⁵¹.

Bu suçun manevi unsuru adından da anlaşılacağı üzere taksir olarak karşımıza çıkmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 22. maddesinin 2. fıkrasında “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir.*” diye düzenleme yapılmıştır. Sağlık personelinin öngörülebilir nitelikte olan neticeyi öngörmemesi veya öngördüğü halde neticeyi istememesi hallerinde taksirli sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Netice öngörülemezse veya hekime yüklenebilecek bir kusur bulunmuyorsa hekimin taksirli sorumluluğundan bahsedilmesi de mümkün olmamaktadır¹⁵². Bir kimseyi taksirden dolayı sorumlu tutabilmek için esasen failin öngörmesi gerektiği şeyi öngörmemesi değil de ortaya çıkması olası olan olumsuz sonucun objektif olarak öngörülebilmesi ve bilinebilir olmasına rağmen olması gerekene aykırı davranması gerekmektedir. Dikkat ve özen yükümlülüğü belirlenirken, somut olayda, fail bakımından objektif olarak özen yükümlülüğünün ne olduğu araştırılmalı ve failin olayda sergilediği hareket ile olması

¹⁵⁰ Koca, M. ve İ. Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s. 161.

¹⁵¹ Özalp, Faruk, Hekimin Cezai Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2013, s. 56.

¹⁵² Y.12 CD. T. 25/11/2014, E. 2014/2318, K. 2014/23788 “08/01/2010 tarihinde Özel ... Hastanesinde sanık doktor tarafından şikayetçiye nüks mültmodüler guatr teşhisi ile tiroidektomi ameliyatı yapıldığı, ameliyat sonrasında 27/12/2010 tarihli Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Kulak Burun Boğaz servisine nefes darlığı nedeni ile yatırıldığı ve bilateral vokal kord paralizi olduğu, glottik açıklığın 2-3 mm olarak izlendiği, 29/12/2010 tarihinde genel anestezi altında endolaryageal lazer cerrahisi uygulanan olayda, dosya içerisindeki bilgi ve belgelere göre katılana konulan tanı ve uygulanan operasyon endikasyonunun tıp kurallarına uygun olduğu, şahsa nüks multi nodüler guatr nedeniyle tamamlayıcı tiroidektomi operasyonu yapıldığı, şahsın bilateral vokal kord paralizi meydana geldiği ve meydana gelen arızanın bu tip operasyonlardan sonra görülebilecek komplikasyonlardan olduğunun anlaşılması karşısında; sanığa yüklenebilecek kusur bulunmadığı, tıbbi standartlara uygun müdahale sonucunda doğan zararlı sonuçların komplikasyon olarak kabulünde ise isabetsizlik bulunmadığı anlaşılmalı, yapılan yargılama sonunda, yüklenen suç açısından sanığın taksirinin bulunmadığı, gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılan vekilinin, kusura ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle, beraate ilişkin hükmün isteme uygun olarak onanmasına...”(sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

gereken hareket arasında bir karşılaştırma yapılmalıdır¹⁵³. Yani tıbbi müdahale dolayısıyla meydana gelen taksirli yaralama suçunda da hekimin dikkat ve özen yükümü doğru olarak belirlenmeli ve bu yükümlülüğe aykırı davranıp davranmadığının tespiti yapılmalıdır.

Taksir “*bilinçli taksir*” ve “*bilinçsiz taksir*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bilinçsiz taksir, failin yani hekimin öngörülebilir bir neticeyi öngörmeyerek dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması sonucunda ortaya çıkmaktadır¹⁵⁴. Bilinçli taksir ise hekimin öngördüğü neticeyi istememesine rağmen kendi bilgi veya yeteneklerine güvenerek hareket etmesi sonucu meydana gelmektedir¹⁵⁵. Yani bilinçli taksirde neticenin fail tarafından öngörülmesine rağmen fiilin işlenmesi cezalandırıldığı halde bilinçsiz taksirde ise hekimin olayda dikkatsiz ve özensiz davranması nedeni ile neticeyi öngörmeden hareket etmesi cezalandırılmaktadır. Nitekim Yargıtay tarafından kabul görülen görüşe göre de;

“...neticenin öngörülebilir olması, failin yaptığı davranışın bir neticeye sebebiyet verebileceğinin veya bir neticeyi meydana getirme ihtimali bulunduğu bilinebilme imkânıdır. Gerçekleştirilen bir fiil nedeniyle neticenin meydana gelebilme imkân ve ihtimali varsa öngörülebilirliğin bulunduğu kabul edilir. Neticenin öngörülebilir olması, taksirin hem unsurunu hem de sınırını oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle taksiri, kaza ve tesadüften öngörülebilirlik ayırmaktadır. Hiç kimse tarafından öngörülemez bir neticenin söz konusu olduğu durumlarda dikkat ve özen yükümlülüğünden dolayısıyla taksirden bahsedilebilmesi mümkün değildir. Neticenin öngörülebilir olması ile failin neticeyi öngörebilir yetenekte bulunması arasında fark vardır. Neticenin öngörülebilmesi, failin niteliklerine, yeteneklerine, eğitim durumuna veya uzmanlık alanına göre değil objektif olarak ve failden bağımsız şekilde ortalama seviyedeki bir insanın öngörme yeteneğine göre tespit edilmelidir. Eğer objektif olarak neticenin öngörülebilmesi, ortalama bir insanın öngörebilirliği dışında ise bu takdirde neticenin öngörülebilirliğinden bahsedilemeyecektir. Mesela; tıbbi bir eylem nedeniyle taksirli davranışının bulunup bulunmadığı araştırılan bir doktor bakımından öngörülebilirlik, ortalama bir doktorun eğitimine ve yeteneğine göre objektif olarak belirlenmelidir.

¹⁵³ Koca ve Üzülmüş, s. 178.

¹⁵⁴ Toroslu, Haluk, “Bilinçli Taksir Üzerine Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi, 2016 (126) s. 102.

¹⁵⁵ Tezcan, Durmuş, vd., s. 208.

Burada öngörülebilecek netice, failin iradi hareketinin sebep olabileceği netice veya neticelerden başkası değildir. Failin öngörebilme yeteneği ise, failin yaşı, zekası, eğitimi, yetenekleri ve uzmanlık alanına göre sübjektif olarak belirlenebilecek farklı bir husustur. Failin neticeyi öngörmesi veya öngörememesi taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayrımı oluşturmaktadır. Daha önceki konu başlıklarında da açıklandığı üzere hastanın vücudunda cisim unutulması bilinçli taksir, steril olmayan aletlerle ameliyat yapılması ise bilinçsiz taksire örnek gösterilebilir. Suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde ceza üçte birden yarısına kadar artırılmaktadır. Nitekim Yargıtay tarafından kabul görülen görüşe göre de bilinçli taksir söz konusu olduğu durumlarda artırım yapılmaması bozma nedenidir”¹⁵⁶.

Taksirli yaralamanın failinin, tıbbi müdahaleyi yapacak kişinin bizzat hekim olması taksirin unsuru olan neticenin öngörülebilirliği konusunda bazı tereddütlere yol açabilecektir. Çünkü hekim bakımından yapacağı tıbbi müdahalenin sonuçlarını öngörülebilir olduğu değerlendirilmesi yapılabilir. Zira konunun uzmanı bizzat kendisidir. Bu durumda hatalı tıbbi müdahale nedeniyle ortaya çıkan taksirli yaralama suçunda taksirin çeşidinin bilinçli taksir olduğunu söylemek gerekir. Hatalı her tıbbi müdahalenin hekim tarafından neticenin öngörülebilir olduğundan bahisle bilinçli taksir olarak nitelendirilmesi hakkaniyetsiz bir sonuca götürecektir. Bu konuda Hakeri, tıp hukukunda genel hükümlerden farklı olarak salt öngörülebilir bir neticenin olmasını değil, bunun yanı sıra mesleki cesaret ve bu gibi nedenlerle hekimin yapmaması gereken bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesini bilinçli taksir olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşündedir¹⁵⁷. Bu görüş isabetli olup bu şekilde hakkaniyetli bir sonuca ulaşılabilmesi mümkündür. Aksi halde her durumda bilinçli taksirin varlığı kabul edilir ki bu halde sağlıklı bir sonuca ulaşılması mümkün olamaz.

4.4.2.5 Netice

Failin eylemi sonucu ölüm veya yaralanmanın meydana gelmesi ile netice gerçekleşmiş olmaktadır. Yani hekimin cezalandırılması yaralanma veya ölümün meydana gelmesi ile söz konusu olmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere ölüm, beyin ölümünün gerçekleşmesi ile ortaya çıkmaktadır. Yaralanmanın ise sağlığın

¹⁵⁶ Y. 12 CD. T.10/12/2013, E. 2013/5731, K. 2013/28511, (sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

¹⁵⁷ Hakeri, 2016, s. 454.

bozulması anlamına geldiği ve bu sağlık bozulmasının süreklilik arz etmesine gerek olmadığı daha önce ifade edilmiştir.

4.4.2.6 Nedensellik Bağı

Yukarıda suç tipleri hakkında nedensellik bağı hususunda açıklanan tüm hususlar bu başlık için de geçerlidir. Bu suç tipinin ortaya çıkabilmesi için hekimin sadece dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması gerekli değildir. Aynı zamanda bu ihlal sonucunda yaralanma veya ölüm neticelerinin meydana gelmesi gerekmektedir. Tüm bunlarla beraber eğer müdahale yapılsaydı dahi olumsuz neticenin meydana geleceği kesin ise bu zaman özen yükümlülüğünün herhangi bir önemi kalmamakta olup nedensellik bağının kesilmiş olduğu kabul edilerek hekimin bu nedenle cezai sorumluluğuna gidilmesi imkânsız hale gelmektedir¹⁵⁸. Yargıtay konu ile ilgili vermiş olduğu kararda da;

“...18/07/2009 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 iyice artan hastanın yakınlarının hastaneden gitmek istememeleri üzerine, sanığın hasta yakınlarına serviste iyileşene kadar durabileceklerinin beyan ettiği, ertesi günü nöbeti devralan doktor tarafından tomografi çekilmesi üzerine beyin sapında kanama olduğunun tespit edildiği, Pamukkale Üniversitesi Hastanesinde yoğun bakımda kalan hastanın 25/07/2009 tarihinde hastanın öldüğü olayda, tomografi çekilmesindeki gecikmenin hastanın ölümüne neden olup olmadığı, erken teşhis ve tedavi bağlamında sonucu etkileyip etkilemeyeceği, bu hususta sanığın kusurunun bulunup bulunmadığı araştırılmalı...¹⁵⁹”

ifadelerine yer vermiştir.

Bazı durumlarda ise üçüncü kişilerin veya mağdurun kendi kusurlarından dolayı nedensellik bağının kesilebilmesi mümkündür. Mesela hekimin yanında çalışan hemşirenin kusurundan dolayı netice meydana gelebilir ki bu gibi durumlarda artık

¹⁵⁸ Şatır, s. 336.

¹⁵⁹ Y. 12. CD. T. 14/03/2014, E.2013/10750. K. 2013/6454. (sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

hekimin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. Yargıtay tarafından incelenmiş olan bir olayda da;

“... Sanık H.G.’in Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Araştırma Uygulama Hastanesinde Yrd. Doç. Dr, sanık A.D.’un ise anılan hastanede Kardiyoloji Ana Bilim Dalında Asistan Dr. olarak görevli oldukları, katılan Hatice Kurşunlu’ya anjio işlemi yaptıkları sırada, hemşire olan diğer sanıklar tarafından hazırlanan sıvının damar kılıfı içinden verilmesi sırasında, hastanın bağırması üzerine işlemi sonlandırdıkları, serum fizyolojik olarak verdiklerini düşündükleri sıvının etil alkol olduğunu belirlemek suretiyle verilen sıvının değiştirilmesi sonucu işlemi tamamladıkları olayda katılan Hatice Kurşunlu’nun nitelikli biçimde yaralandığı, hemşireler tarafından kaba konulması gerekirken, hemşirelerin talimatı ile temizlik personeli Dursun Ot tarafından kaba konulması sırasında etiketlenmemiş bulunan şişelerden serum fizyolojik yerine etil alkol konulması ile meydana gelen olayda; dosya içerisinde bulunan bilirkişi Prof. Dr. Nasih Nazlı tarafından hazırlanan raporda belirtildiği şekilde olayın hemşirelik kusurundan kaynaklandığı dolayısıyla doktor olan sanıkların kusurlarının bulunmadığı anlaşılmakla; beraatlerine karar verilmesi yerine takdirde yanılığa düşerek yazılı şekilde mahkûmiyetlerine karar verilmesi, kanuna aykırı olup, sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden...”¹⁶⁰

ifadelerine yer verilmiştir.

4.5 Görevi Kötüye Kullanma

4.5.1 Genel Olarak

Görevi kötüye kullanma suçu TCK madde 257’de düzenlenmiş olup buna göre; *“kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya*

¹⁶⁰ Y. 12 CD. T.23/10/2014, E.2014/11636, K.2014/20830. (sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

Bu suç tipi idare aleyhine işlenebilen suç tipi olarak kabul edilmektedir¹⁶¹. Kanun maddelerinden de anlaşılacağı üzere ilk fıkrada icrai hareketle, ikinci fıkrada ise ihmali hareketle sebep olunan neticeler cezalandırılmaktadır. Kanun maddesinde görevi kötüye kullanma suçunun kanunda ayrı olarak suç kabul edildiği haller dışında ortaya çıkabileceği beyan edilmiştir. Yani failin bu suçtan cezalandırılabilmesi için yaptığı eylem sonucunda ortaya çıkan neticenin başka bir suça vücut vermemesi gerekmektedir¹⁶². Dolayısıyla somut olay açısından başka suç tipinin unsurlarının oluşup oluşmadığı belirleyici rol oynamaktadır¹⁶³.

Kamu görevini yerine getiren kişi sadakat yükümlülüğüne uygun davranarak ve kamu hizmetinden yararlanan şahısların güvenlerini zedelemekten sorumluluklarını yerine getirmek zorundadır¹⁶⁴. Dolayısıyla bu suç tipi ile korunan hukuki değer devlet idaresine karşı var olması gereken güven olduğunu söylemek mümkündür.

4.5.2 Suçun Unsurları

4.5.2.1 Fail

Görevi kötüye kullanma suçu özgü bir suç olup kamu görevlisi olmayanların bu suçun faili olabilmeleri mümkün değildir¹⁶⁵. TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendine göre kamu görevlisi *“kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir”*.

¹⁶¹ Yokuş Sevik, Handan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (Tck m. 257)”, DÜHFD, 2018/23 (39) s. 286.

¹⁶² Yokuş Sevik, s. 260.

¹⁶³ Y. 11.CD. T.26/12/2016, E.2016/12325, K. 2016/8795. *“Somut olayda Kumluca Devlet Hastanesi'nde doktor olarak görev yapan sanığın gerçeğe aykırı biçimde düzenlendiği iddia edilen Genel Adli Muayene Formunda, başlık ve içerik bölümlerinde kimi bölümlerin boş bırakıldığı, resmi yazıda bulunması gereken gönderen makam, resmi yazı tarihi, resmi yazı no bölümleri ile raporu düzenleyen doktorun adı soyadı, kaşesi, sicil numarası ya da onun tarafından tanzim edildiğini gösteren resmi mührün bulunmadığı, belgenin bu hali ile hukuki sonuç doğurmaya elverişli bir belge olmadığı ve resmi belgede sahtecilik suçunun oluşmayacağı anlaşılacakla, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nun 257.maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek resmi belgede sahtecilik suçundan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir...”* (sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

¹⁶⁴ Üzülmöz, İlhan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (Tck. M.257)”, GÜHFD, 2012/16 (1), s. 194.

¹⁶⁵ Tezcan, vd., s. 690.

Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere kamu görevlisi ile kamu idaresi arasında zaman ve şekil fark etmeksizin çalışma ortamının bulunması gerekmektedir¹⁶⁶. Yani kamu alanı ile ilgili bir işten dolayı görevli olmayan birisinin bu suçtan sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir¹⁶⁷.

Kural olarak bu suçun failinin kamu görevlisi olması gerekmektedir. Bu suçun özgü suç olmasından kaynaklı olarak iştirak halinde bu suçun işlenmesi halinde farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Şöyle ki TCK md. 40/2'e göre “*Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur*”¹⁶⁸.

4.5.2.2 Mağdur

Bu suçun mağdurunun toplumda bulunan herkesin olması mümkündür. Bu suç ile korunan hukuki değer kamuya güven olduğu daha önce ifade edilmişti. Dolayısıyla bu suç tipinde mağdur olan toplum, bu suçtan zarar gören ise kamu idaresi olmaktadır¹⁶⁹. Bu çalışma bakımından ise hasta ve hasta yakınlarının bu suçun mağduru olabilecekleri kabul edilmektedir.

4.5.2.3 Fiil

Görevi kötüye kullanma suçunun fiili TCK madde 257/1'de “görevinin gereklerine aykırı hareket etme”, TCK madde 257/2'de ise “görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterme” şeklinde gösterilmiştir. Dolayısıyla TCK'nın 257. maddesinin birinci fıkrasında görevi kötüye kullanma suçunun icrai, ikinci fıkrasında ise bu suçun ihmali hareketle işlenmesi halleri düzenlenmiştir. Burada dikkat

¹⁶⁶ Memiş Kartal, Pınar, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (Tck m.257)”, s. 1375.

<http://dSPACE.marmara.edu.tr/bitstream/handle/11424/2264/5000001567-5000000720-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (12/06/2019)

¹⁶⁷ YCGK, T.26/02/2013, E.2012/4-425, K. 2013/67 “...Bu suçun oluşması için ilk şart, kamu görevlisi olan failin yaptığı işle ilgili olarak kanun veya diğer idari düzenlemelerden doğan bir görevinin olması ve bu görevi dolayısıyla yetkili bulunmasıdır. Bir kimse kamu görevlisine karşın o işle ilgili görevi ve yetkisi yok ise, başka bir suçu oluşturmayan hukuka aykırı davranışı disiplin cezasını gerektirebilir de, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacaktır. Çünkü hukuken sahip olunmayan bir yetkinin kötüye kullanılmasından da söz edilemez...”(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

¹⁶⁸ Y. 5 CD. T.22/03/2017, E.2015/10130, K.2017/1097 “Sanık ...'in görevi kötüye kullanma suçuna bilerek iştirak ettiği anlaşılan sanık ...'in TCK. 40/2. maddesi gereğince bu suçtan sorumlu tutulması gerekirken yanılığın değerlendirme ile yazılı şekilde güveni kötüye kullanma suçundan mahkumiyetine karar verilmesi...”(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

¹⁶⁹ Yokuş, s. 268.

edilmesi gereken husus söz konusu suçun ne şekilde işlendiği fark etmeksizin asıl olan suçun kamu görevlisinin görevi nedeniyle işlenmesidir¹⁷⁰. Eğer fail kamu görevlisi değilse bu durumda görevi kötüye kullanma suçundan bahsetmemiz mümkün olmaz.

Sağlık personeli tarafından da bu suç hem icrai hem ihmali eylemler sonucu ortaya çıkabilmektedir. Hekimin görev sınırlarını belirleyen kanun, yönetmelik, tüzük vs. aykırı davranması sonucu suç unsurları oluşabilir. Bu mevzuatlara göre yapılmaması gereken bir işlemi yapan hekim icrai hareketle¹⁷¹, yapması gereken bir işlemi yapmayan hekimin eylemi ise ihmali hareketle bu suça vücut vermektedir. Nitekim Yargıtay da bir kararında hastanın durumunun acil olmasına rağmen dikkatsiz ve özensiz davranarak görevinin gereklerini yapmayan hekimin ihmali hareketle görevi kötüye kullanma suçunu işlediğini kabul etmiştir. Aynı zamanda gelenek halini almış tıp uygulamalarına aykırı davranılması hallerinde yine hekimin ihmali hareketle görevi kötüye kullanma suçunu işlediği kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay tarafından kabul görülen görüşe göre belli bir süre saat başı NST kontrolü yapılması gerektiği tıp bilimi tarafından “*idari gelenek*” olarak kabul edilmesine rağmen buna aykırı davranan hekim, ihmali suretle görevi kötüye kullanma suçunu işlemiştir¹⁷².

¹⁷⁰ Yokuş, s. 269.

¹⁷¹ Y. 11 CD. T. 26/04/2017, E. 2015/19, 2017/3158 “... Suç tarihinde Gököy Devlet Hastanesinde doktor olan sanık ...'in geçici olarak görevlendirildiği Mesudiye Devlet Hastanesinde hastaları muayene etmeden sağlık karnelerine ilaç yazıldığı ve bu reçetelerin sanığın eşi diğer sanık ...'in eczanesinde faturalandırıldığı iddiası ile açılan davada; ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.02.2014 gün ve 2012/11-1347 Esas 2014/30 Karar sayılı ilamında açıklandığı ve dairemizin de benzer kararlarında kabul edildiği üzere, eczaneden gelen ya da hasta yakınlarının bizzat getirdikleri sağlık karnelerine, hastaları görmeden, ancak konulan hastalık tanısıyla uyumlu ilaç yazma şeklindeki eylemlerinin bir bütün olarak “görevi kötüye kullanma” suçu kapsamında kaldığı...” (sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

¹⁷² Y.12 CD. T. 27/02/2018, E. 2017/9921, K. 2018/2180 “... ebelerin normal doğum yaptırabileceği, doğum sonrasında bir sorun çıkması halinde hekime haber verilmesi gerektiği, bu olayda hekime haber verilmesini gerektirir bir durum görülmediği cihetle hekime haber verilmediğinin anlaşıldığı, mevcut bulgu ve belgelere göre ilgili hekim ve doğumu yaptıran ebelere kusur atfedilmediği, doğumdan sonra çocuk hekimleri tarafından bebeğe yapılan tedavinin tıp kurallarına uygun olduğunun bildirildiği; dolayısıyla her ne kadar doğum takibinin düzenli yapıldığı ve NST tetkiklerinin normal seyrettiği durumlarda da bebeklerin hipoksik doğabileceği tibben bilinmekle birlikte sanıklar olan ebelerin uygulamalarında tıbbi eksiklik olduğunun tespit edilmiş, ancak eylemleri ile meydana gelen netice arasında illiyet bağının kurulup kurulamayacağı hakkında görüş bildirilememiş ise de, NST kayıtlarının bulunmaması, müştekinin kendisine 3 defa NST yapıldığına dair beyanı karşısında, müştekinin hastanede gece saat 03:00 sıralarından doğumun gerçekleştiği 11:30 saatine kadar saat başı NST kontrolü yapılması gerektiği genel tıp uygulamalarında bilindiğine göre, sanıkların düzenli aralıklarla NST tetkiki yapmaması ve ÇKS'nin sayı olarak tespit edilmemesi dolayısıyla eylemlerinin tıp kurallarına aykırı olduğu anlaşıldığından; sanıkların eyleminin TCK'nın 257/2. maddesindeki ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilerek, atılı suçtan cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği

4.5.2.4 Manevi Unsur

Görevi kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suç tipidir¹⁷³. Bu suçun oluşabilmesi için kamu personelinin görevinin gereklerine aykırı davrandığını bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Bu suçun oluşması için failin belli bir amaç ile hareket etmesi gerekmemektedir¹⁷⁴. Suçun ihmali hareketle işlenmesi durumunda da failin bu ihmali hareketi bilerek ve isteyerek yapması gerekmektedir. Bunun aksi olduğu durumlarda kast olmadığı için manevi unsur oluşmayacağından eylemin suç olmadığı kabul edilir¹⁷⁵. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere görevi kötüye kullanma suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Bu suçun unsurlarının gerçekleşebilmesi için kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davrandığını bilmesiyle birlikte başkasının veya kamunun zararına sebebiyet vereceğini bilip bilmemesi gerektiği hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre bu suçun oluşabilmesi için failin bu eyleminin başkasının zararına sebep olacağını bilmesi gerekmekte olup, bazı yazarlara göre ise failin olası zararları bilmesi gerekli değildir¹⁷⁶.

4.5.2.5 Netice

Bu suç ister icrai hareketle isterse de ihmali hareketle işlensin sadece görevin gereklerine aykırı hareket etmekle veya sadece ihmali davranışın gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış olmaz. Yani söz konusu suçun tamamlanabilmesi için icrai veya ihmali hareket sonucunda kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı veya haksız menfaatin ortaya çıkması gerekmektedir. Bu zarar gerek maddi gerekse de manevi olarak gerçekleşebilir¹⁷⁷. Kamu zararı sadece maddi zarar olarak ortaya çıkabilir. Kişilerin mağduriyetine sebep olunduğu durumlarda ise gerek maddi gerekse de manevi yani kişilik haklarının zarara uğratılmış olması mümkündür. Haksız menfaat durumu ise sağlık personelinin kendisine veya başkasına maddi ya da manevi yarar sağlaması ile gerçekleşmektedir.

gözetilmeden, yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi kanuna aykırı olup..."(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

¹⁷³ Üzülmöz, s. 203.

¹⁷⁴ Yokuş, s. 294.

¹⁷⁵ M.Kartal, s. 1389.

¹⁷⁶ M.Kartal, s. 1389.

¹⁷⁷ Şatır, s. 415.

4.5.2.6 Nedensellik Bağı

Yukarıda da ifade edildiği üzere kamu görevlisinin görevinin gereklerini yerine getirmediği durumlarda kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı veya haksız menfaat ortaya çıkabilir. Ortaya çıkan neticeler ile failin icrai davranışı veya ihmali arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Aksi halde nedensellik bağı olmayacağından failin bu suç tipi bakımından sorumluluğa gidilmesi de mümkün olmaz. Tıp hukuku bakımından nedensellik bağının tespiti özel bilgi ve beceri gerektirdiği için bu hususta bilirkişiye başvurulması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay tarafından verilmiş olan karara göre de bilirkişi raporuna dayanılarak verilen beraat kararı doğru olup herhangi bir hukuka aykırılıktan bahsedilemez¹⁷⁸.

4.5.3 Suçun Özel Görünüş Biçimleri

4.5.3.1 Teşebbüs

Görevi kötüye kullanma suçu zarar suçu olup failin görevini yerine getirmemesi veya görevini yerine getirme sırasında ihmali hareketlere yer vermesine rağmen suçun gerçekleşmemesi durumunda teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir. Dolayısıyla bu suça teşebbüs mümkündür¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Y. 12. CD. T. 14/02/2018, E. 2016/5581, K. 2018/1517 “Katılanın 03.09.2011 tarihinde geçirdiği trafik kazası sonucu kaldırıldığı Adıyaman Devlet Hastanesi’nde ilk önce nöbetçi pratisyen doktor sanık ... tarafından daha sonra göğüs uzmanı doktor sanık ... tarafından muayenesinin yapıldığı, genel durumunun iyi, bilincinin açık, solunumunun rahat ve düzenli olduğunun ve el ve göğüs filmleri çekilerek sağ el 2.3. metekarp kırıkları, solda minimal pnömotoraks, sol akciğer üst lop lateralde kontüzyon ile uyumlu buzlu cam dansitesi, 5. kot posterior kırığının tespiti ile bir süre müşahade altında tutulduktan sonra aynı gün katılanın taburcu edildiği, katılanın göğüs ağrısı, nefes darlığı şikayetleriyle tekrar anılan hastaneye başvurarak 09.09.2011 tarihinde yatışının yapıldığı, yapılan muayene ve çekilen fimlerde ” sol 5,6. kot fraktürü, sol pnömotoraks, sol el metakarpal kırığı ” tanısının konularak, tüp toraksotomi uygulandığı ve katılanın 20.09.2011 tarihinde taburcu edildiği olayda; Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 29.09.2012 tarihli raporda, “ ... oğlu, 1989 doğumlu ... hakkında düzenlenen adli ve tıbbi belgelerin değerlendirilmesinde; trafik kazası sonucu acil servise gelen hastanın acil hekimi tarafından değerlendirilip gerekli tetkiklerin yapıldığı, göğüs cerrahisi konsültasyonu istendiği, kişide gelişen parsiyel pnömotoraksın takip edilebileceği, acil operasyon gerektirmediği, kişinin hastanede müşahade altında tutulduğu, genel durumunun iyi olması üzerine kontrole gelmek üzere taburcu edildiği anlaşılmış olup, yapılan uygulamaların tıp kurallarına uygun olduğu oybirliği ile mütalaa olunduğu” nun belirtildiği olayda; Yapılan yargılama sonunda, yüklenen suç açısından sanıklarının ihmallerinin bulunmadığı gerekçe gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan... Onanmasına..” (sinertjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

¹⁷⁹ Tezcan, vd., s. 964.

4.5.3.2 İçtima

Daha önce de açıklandığı üzere failin görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılabilmesi için yapılan eylemin başka suça vücut vermemesi gerekiyor. Söz konusu suçun cezasının görevi kötüye kullanma suçunun cezasından daha az olması durumunda dahi faile görevi kötüye kullanma suçundan dolayı ceza verilmesi yoluna gidilemez¹⁸⁰. Bununla beraber görevi kötüye kullanma suçunun aynı kişiye karşı işlenmesi halinde zincirleme suç kuralları uygulama alanı bulacaktır¹⁸¹.

4.5.3.3 İştirak

Bu suç fail bakımından özgü suç olup suça iştirak mümkündür¹⁸².

4.6 Rüşvet

4.6.1 Genel Olarak

Rüşvet suçu TCK'nın 252-254 maddeleri arasında düzenlenmiş olup “*Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi*” rüşvet suçunu işlemektedir. Yani kamu görevlisinin bir işi yapmak veya yapmamak için karşılık talep etmesi durumunda bu suçun unsurları oluşmuş olur. Bu suç bakımından anlaşmaya varılmış olması yeterli olup, anlaşılan paranın ödenmesi şart değildir¹⁸³. Rüşvet suçu ile de görevi kötüye kullanma suçunda olduğu gibi devlete karşı duyulan güven hissini koruması amaçlanmıştır¹⁸⁴. Rüşvet suçu görevi kötüye kullanma ve irtikap suçları ile benzer olup bu suçların farklarını aşağıdaki bölümlerde açıklanmıştır. Rüşvet suçu birden fazla faille işlenebilen bir suç olup rüşvet alan ile rüşvet veren kişiler arasında anlaşma yapılması gerekmektedir¹⁸⁵. Daha önce de ifade edildiği üzere maddi kazanç sağlanması

¹⁸⁰ Tezcan, vd., s. 965.

¹⁸¹ Tezcan, vd., s. 966.

¹⁸² Tezcan, vd., s. 966.

¹⁸³ Baytemir, Erdal, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu”, *TBB Dergisi*, 2010 (88), s. 346.

¹⁸⁴ Tezcan, vd., s. 1019.

¹⁸⁵ Şatır, s. 455.

şart olmayıp anlaşma yapılması da bu suçun oluşması için yeterli olmaktadır. Anlaşmanın şekli önemli olmayıp sözlü veya yazılı şekilde olabilmesi mümkündür¹⁸⁶.

07/07/2012 tarihli Kanun değişikliğinden önce kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapması veya yapmaması gereken bir işi yapmaması için yarar sağlaması rüşvet suçu kapsamında değerlendirilmekteydi. Fakat bu değişiklikten sonra bu şekilde yapılan eylem rüşvet suçu kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu gibi durumlarda sadece hekimin görevi kötüye kullanma suçunu işlediği kabul edilebilir. Nitekim Yargıtay tarafından verilen bir kararda da doktorun yapacağı operasyonun ücretsiz olmasına rağmen sekreteri aracılığıyla para istemesi durumunda 5237 sayılı TCK'da sadece nitelikli rüşvet suçunun düzenlendiği ve bu nedenle doktorun eyleminin sadece görevi kötüye kullanma suçuna vücut verebileceği kabul edilmiştir¹⁸⁷.

4.6.2 Suçun Unsurları

4.6.2.1 Fail

5237 sayılı TCK'nın 252. maddesinin gerekçesine göre;

“ Rüşvet suçu, bir karşılaşma suçudur; bu nedenle çok failli bir suçtur. Bir tarafta rüşvet veren; diğer tarafta ise rüşvet alan kamu görevlisi yer almaktadır. Rüşvet veren ve alan, aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Bu açıdan veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur”.

Kanun maddesinin gerekçesinden de anlaşıldığı üzere rüşvet suçu çok failli suçlardan olup gerek rüşvet alan gerekse de rüşvet veren bu suçun failleri olarak kabul edilmektedir. Konumuz bakımından örnek verilecek olunursa, kamu hastanesinde çalışan bir hekimin kazanç sağlayarak ameliyat sırasını değişmesi, hastanede boş yatak olmasına rağmen olmadığını iddia ederek hastadan veya yakınlarından kazanç elde etmesi veya

¹⁸⁶ Hakeri, 2016, s. 535.

¹⁸⁷ Y. 5. CD. T. 23/01/2012, E.2010/4417, K.2012/155. (sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

tedavi için ücret ödeme yükümlülüğü bulunmayan hastalardan menfaat talep etmek¹⁸⁸ hallerinde rüşvet suçu oluşur.

Görevi kötüye kullanma suçu incelenirken açıklandığı üzere suçun oluşması için failin görevi ile ilgili bir eylem nedeniyle menfaat talep etmesi gerekmektedir. Bununla beraber failin rüşvet suçunun konusu olan eylem gerçekleştikten sonra görevinden ayrılması veya iş günü olmayan bir zamanda bu eylemi gerçekleştirmesi hallerinde de rüşvet suçunun oluştuğu kabul edilmektedir¹⁸⁹. Dolayısıyla bu hususta önemli olan failin bu suçu işlerken kamu görevlisi olmasıdır.

TCK'nın 252. maddesinin 2.fıkrasına göre rüşvet konusunda anlaşılan veya kazanç sağlayan failin bilirkişi olması durumunda ceza üçte birden yarısına kadar artırılmalıdır. Dolayısıyla bilirkişilik görevinden dolayı rüşvet alan veya bunun için anlaşılan doktor için bu madde hükmü uygulama alanı bulacaktır.

4.6.2.2 Mağdur

Diğer suç tiplerinden farklı olarak bu suç tipi bakımından rüşvet alan failin karşısında olan kişi mağdur değil de fail olarak kabul edilmektedir. Ancak bu suç tipi ile de korunan hukuki değer devlete ve kamuya karşı güven olduğundan bu suçun mağdurunun da toplumun üyeleri olduğu kabul edilebilir¹⁹⁰.

Aynı zamanda 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un madde gerekçesine göre;

¹⁸⁸ Y. 5. CD. T. 06/05/2004, E. 2003/6762, K. 2004/3795 “Oluşa ve dosya içeriğine göre, Trabzon SSK. Hastanesinde göz doktoru olarak çalışan sanığın SSK'lı olup, hastanede göreceği her türlü tedavi için ücret ödeme yükümlülüğü bulunmayan müşterilerden M.G.'den 07/06/1999 tarihinde ameliyat için 50 milyon lira istediği, müşterinin de kabul ederek ameliyat olduktan sonra 10/06/1999 tarihinde sanığın muayenehanesine yengesi Ü.G. ile birlikte giderek, başka param yok diyerek 30 milyon lira verdiği sanığın da kabul ederek aldığı, tanık Ümran'ın da bunu doğruladığı, bu durumda sanığın yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak için rüşvet aldığı anlaşılmalı olup, ayrıca sanığın aynı şekilde kendilerinden ameliyat parası aldığını iddia eden diğer müşterilerin iddialarının sübutu yönünden, öncelikle mahkemede dinlenilmeyen müşteriler İlyas Kalkan ve Sevgi Mazlum'un beyanlarının alınarak müşterilerin varsa iddiaya dair delillerinin de tespitinden sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken...” (sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

¹⁸⁹ Baytemir, s. 341.

¹⁹⁰ Baytemir, s. 343.

“ Önemle vurgulamak gerekir ki, haklı bir işinin gereği gibi hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, bu kişi bakımından fiil suç oluşturmaz. Çünkü bu durumdaki kişiyi mağdur olarak kabul etmek gerekmektedir”.

4.6.2.3 Fiil

Bu suçun fiili “kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması”dır. Dolayısıyla bu suçun fiili rüşvet alan ile veren arasında yapılmış olan anlaşmadır¹⁹¹. Bu anlaşma zorunlu unsur olup böyle bir anlaşmanın mevcut olmadığı hallerde rüşvet suçunun oluştuğu söylenemez¹⁹². Bu suçun oluşması için anlaşma yapılmış olması yeterli olup anlaşma yapıldıktan sonra vazgeçilmiş olsa dahi suç unsurlarının oluştuğu kabul edilmektedir. Bu gibi durumlarda sadece etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür¹⁹³.

Burada dikkat edilmesi gereken husus sağlık personelinin söz konusu anlaşmayı yarar sağlanmadan önce yapmış olmaları gerektiğidir. Eğer menfaat sağlandığı zaman failer arasında anlaşma yoksa artık rüşvet suçundan bahsedilmesi mümkün olmaz. Böyle durumlarda görevi kötüye kullanma veya irtikap suçunun oluştuğu kabul edilebilir¹⁹⁴. Bu suç tipleri karıştırılmakta olup, ancak doktrinde ve aynı zamanda Yargıtay tarafından kabul edilen görüşe göre sağlık personelinin davranışları icbari boyuta ulaşırsa irtikap, aksi durumlarda ise rüşvet suçunun unsurlarının oluşmuştur¹⁹⁵.

4.6.2.4 Manevi Unsur

Bu suçun da oluşabilmesi için genel kastın varlığı yeterlidir. Dolayısıyla bu suç tipi için de amaç önemli olmadan bir işi yapmak veya yapmamak için menfaat elde etmek kastı olması yeterli olup rüşvet alanın ve verenin haksız bir menfaat için bu anlaşmayı yapmaları gerekmektedir¹⁹⁶. Eğer karşılıksız yapılan bir işlem varsa veya rüşvet verenin

¹⁹¹ Tezcan, vd., s. 1021.

¹⁹² Şatır, s. 457.

¹⁹³ Baytemir, s. 366.

¹⁹⁴ Şatır, s. 457.

¹⁹⁵ Y. 5. CD. T.07/01/2013, E.2011/12785, K. 2013/10.

¹⁹⁶ Tezcan, vd., s. 1027.

haklı olsa dahi rüşvet vermek zorunda kalmışsa bu gibi durumlarda rüşvet suçunun unsurları oluşmaz.

Rüşvet suçunun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. Bu suç doğrudan kast ile işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir¹⁹⁷. Failin, sağlık mensubunun yapılan eylemin sonuçlarını bilmesi ve buna rağmen istemesi gerekmektedir.

4.6.2.5 Netice

Haksız kazancın temini ile bu suçun netice unsuru gerçekleşmektedir. Aynı zamanda haksız menfaat konusunda yapılan anlaşma ile de suçun ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Şöyle ki TCK'nın 252 maddesine göre “ *Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur*”. Aynı şekilde madde gerekçesine göre “ *Rüşvet suçu, menfaatin kamu görevlisi tarafından temin edildiği anda tamamlanmış olur. Ancak izlenen suç siyaseti gereği olarak, kamu görevlisi ile iş sahibi arasında belli bir işin yapılması veya yapılmaması amacına yönelik menfaat temini öngören bir anlaşmanın yapılması durumunda dahi rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmedilecektir*” diye belirtilmiştir. Dolayısıyla maddi menfaat elde edilmemiş olsa dahi anlaşma varsa bu suçun unsurlarının oluştuğu kabul edilmektedir.

4.6.3 Suçun Özel Görünüş Biçimleri

4.6.3.1 Teşebbüs

Taraflar arasında yapılan anlaşma sırasında herhangi engel bir durum çıkması veya yapılan tekliflerin karşı tarafça reddedilmesi durumunda suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir¹⁹⁸.

4.6.3.2 İçtima

Rüşvet veren veya rüşvet alanın farklı kişiler olması durumunda dahi verilen karar aynı suç işleme kastına dayanıyorsa bu durumda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Baytemir, s. 364.

¹⁹⁸ Tezcan, vd., s. 1030.

¹⁹⁹ Tezcan, vd., s. 1031.

4.6.3.3 İştirak

Daha önce de ifade edildiği üzere bu suçun çok faili suç olmasından dolayı gerek rüşvet alan gerekse de rüşvet veren bu suçun faili olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰⁰.

4.6.4 Rüşvet Suçu Bakımından Etkin Pişmanlık

Rüşvet suçu açısından etkin pişmanlık TCK'nın 254.maddesinde düzenlenmiş olup buna göre “ *Rüşvet alan kişinin, durumu resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşılan kamu görevlisinin durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce durumu yetkili makamlara haber vermesi halinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz...*”. TCK madde 254 ile cezayı ortadan kaldırmaya elverişli olan şahsi cezasızlık sebebi düzenlenmiştir²⁰¹. 6352 sayılı kanundan önce rüşvet konusu malın bedelinin iadesine karar verilirdi²⁰². Fakat bu kanun ile yapılan değişiklikten sonra bu kanun yürürlüğe girdikten sonra işlenen suçlarda malın bedelinin iadesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda müsadere kararı verilmektedir²⁰³. Etkin pişmanlığın “cezayı kaldıran şahsi neden” olduğu dikkate alındığında Cumhuriyet Savcısı soruşturma aşamasında buna dayanarak kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebilir. Bunun aksine eğer soruşturma tamamlanmış ve kovuşturma aşamasına geçilmişse bu durumda ise “ceza verilmesine dair yer olmadığına” dair karar verilir²⁰⁴.

4.7 İrtikap

4.7.1 Genel Olarak

İrtikap suçu TCK madde 250’de düzenlenmiş olup buna göre;

²⁰⁰ Tezcan, vd., s. 1032.

²⁰¹ Baytemir, s. 384.

²⁰² Şatır, s. 458.

²⁰³ Şatır, s. 458.

²⁰⁴ Baytemir, s. 386.

“Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir. (2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”.

Kanun maddesinden anlaşılacağı üzere bu suç kamu görevlisinin yani bu çalışma açısından sağlık personelinin kendisine yüklenen görevini yerine getirirken karşısında olan kişilerden yani hasta veya hasta yakınlarından haksız kazanç sağlaması neticesinde oluşmaktadır. Hekimler bakımından bu suç halk arasında bıçak parası olarak da bilinmektedir. İrtikâp suçu üç şekilde işlenebilmekte olup buna göre bu suç icbar, ikna veya karşı tarafın hatasından yararlanma şekillerinde işlenebilir²⁰⁵. İcbar suretiyle irtikâp suçu maddenin 1. fıkrasında tanımlanmış olup irtikâp suçunun uygulamada en çok karşımıza çıktığı şeklidir. Suçun bu şekilde fail, mağdur veya mağdurun yakınlarını manevi olarak baskısı altında tutarak onlardan menfaat elde etmeye çalışmaktadır²⁰⁶. Bu hususta önemli olan sanığın mağdur üzerinde manevi baskısının belli bir aşamaya ulaşmış olması ve mağdurun ortaya çıkabilecek olası sonucun korkusu ile kendisini bu eylemi yapmakta zorunlu hissetmesidir²⁰⁷. Ciddi bir aşamaya ulaşmamış durumlarda irtikâp suçunun cebir unsurunun oluşmadığı kabul edilmektedir²⁰⁸. Dolayısıyla yapılan icbarın manevi baskı oluşturmak için yeterli olup olmadığı olayın özelliklerine göre belirlenmelidir²⁰⁹. İcna suretiyle irtikâp suçu ise maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiş olup buna göre kamu görevlisinin mağduru ikna ederek hileli davranışları ile menfaat

²⁰⁵ Üzülmöz, İlhan, “Yeni Ceza Kanunu’nda İrtikâp Suçu”, SÜHFD, 2006/14 (2), s. 274.

²⁰⁶ Kahraman, Recep, “İrtikâp Suçu Bakımından İcbar Karinesinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, TBB Dergisi, 2019 (141), s. 215.

²⁰⁷ Koca, M.Reis, “İrtikâp Suçu”, s. 249. < <https://dergipark.org.tr/download/article-file/155614> > (14/06/2019).

²⁰⁸ Y. 5. CD. T. 12/03/2012, E. 2008/3634, K. 2012/1861.

²⁰⁹ Üzülmöz, s. 284.

sağlanması ile suçun unsurları oluşmaktadır. Burada önemli olan failin hileli davranışın belli bir boyuta ulaşması ve mağduru kendi etkisi altında bırakabilmesidir²¹⁰. Dolayısıyla sadece yol gösterme amaçlı olan yani hile boyutuna ulaşmayan tavsiyeler bu suç kapsamında değerlendirilemez²¹¹. Hekimler bakımından “bıçak parası” adı altında alınan meblağlar da bazı Yargıtay kararlarına göre irtikap suçu kapsamı altına alınmıştır²¹². Kanun maddesinin 3. fıkrasında ise hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçu düzenlenmiş olup bu gibi durumlarda da failin herhangi bir katkısı olmadan mağdurun kendi hatasından dolayı bir sonuç ortaya çıkmakta ve kamu görevlisi olan fail bunu bilmesine rağmen mağduru bilgilendirmeden ortaya çıkan sonuca göz yummaktadır²¹³. Bunun aksi durumlarda yani failin etkisi ile mağdur hataya düşerse o zaman maddenin 2. fıkrası uygulama alanı bulur²¹⁴.

²¹⁰ Koca, M.Reis, s. 263.

²¹¹ Koca, M.Reis, s. 263.

²¹² Y. 4. CD. T. 13/07/2005, E. 2003/16783, K. 2005/8956 “...Devlet hastanesinde hekim olarak görevli sanık hakkında irtikap suçundan genel hükümler uyarınca Amasya Ağır Ceza Mahkemesine kamu davası açıldığı, anılan mahkemece eylemin, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçuna dönüştüğü kabul edilerek 1412 sayılı CYY. nın 253/4.maddesi uyarınca muhakemenin durmasına ve dosyanın 4483 sayılı Yasaya göre soruşturma izni alınması amacıyla yetkili makama gönderilmesine karar verildiği, 4483 sayılı Yasada öngörülen yöntem izlenerek alınan soruşturma izni kararı üzerine sanık hekim hakkında görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan asliye ceza mahkemesine açılan kamu davasının yapılan yargılama sonucu sanığın beraatine hükümlendiği ve bu kararın temyiz edildiği anlaşılmaktadır. Temyiz incelemesinin öncelikle mahkemenin görevli olup olmadığı konusunda yapılması gerekmektedir. 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun, 12.12.2003 tarih ve 5020 sayılı Yasa ile değişik 17/1 maddesinde; bu kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikap, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması ve açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz” denilmektedir. 4483 sayılı Yasanın yürürlüğe öncesi verilen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.9.1999 tarih, 208-205 sayılı, 11.6.1996 tarih, 129-137 sayılı, ve 2.5.1994 tarih, 102-130 sayılı kararlarında, özetle “3628 sayılı Yasanın 17.maddesinde sayılan suçlardan ötürü iddianameyle açılan davaların yargılaması sırasında, suç niteliğinin değiştiğinin kabul edilmesi durumunda, idare kurulundan karar alınmasına gerek bulunmadığı, ceza davasının konusunun, iddianamede belirtilen maddi vakıalarla sınırlı olup mahkemenin de iddianamedeki hukuki nitelendirme ile bağlı olmadığı ve değişen suç niteliğine göre ek savunma hakkı tanınarak hüküm kurulabileceği” belirtilmektedir. Yukarıda değinilen açıklamalar ışığında ileri sürülen sanığın, ameliyat ettiği hasta ve yakınlarından “bıçak parası” adı altında değişik miktarlarda para alarak haksız çıkar sağlama biçimindeki eyleminin irtikap suçunu oluşturabileceği ve davaya bakıp kanıtları değerlendirmenin ağır ceza mahkemesinin görevine girdiği gözetilmeden, yargılamaya devam edilerek hüküm kurulması, ...” (sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

²¹³ Koca, s. 264.

²¹⁴ Şatır, s. 423.

Bu suç tipi ile de kamu kurumlarına karşı olan güven korunmaktadır²¹⁵. Yani kamu kurumunda çalışan kamu personeli dolayısıyla olayımız bakımından sağlık mensupları işlerini yaparken insanların devlete ve devletin kurumlarına karşı olan güveni korumaya çalışmak zorundadırlar²¹⁶. Bunun aksinin söz konusu olduğu durumlarda ise sağlık personelinin cezai sorumluluğu ortaya çıkmaktadır.

4.7.2 Suçun Unsurları

4.7.2.1 Fail

İrtikâp suçu da özgü suçlardan olup bu suçun faili de sadece kamu görevlileri olabilir²¹⁷. Dolayısıyla özel hastanelerde çalışan sağlık personelinin bu suçun faili olabilmesi mümkün değildir. Bu suçun failinin de suç işlendiği zaman kamu görevlisi olması yeterli olup daha sonradan işten ayrılması veya görevinin başında olmadığı sırada bu suçu işlemesinin önemi bulunmamaktadır²¹⁸.

4.7.2.2 Mağdur

Bu suçun mağduru kendisinden haksız menfaat elde edilen kişidir. Dolayısıyla konumuz bakımından hasta veya hasta yakınları bu suçun mağdurları olabilmektedirler. Bu suç tipinde hasta veya hasta yakınları mağdur, kamu idaresi ise “suçtan zarar gören” olarak karşımıza çıkmaktadır²¹⁹. Suçun ortaya çıkış şekillerine göre; icbar yoluyla irtikâpta manevi baskı altında olan kişi, ikna yoluyla irtikâpta hileye maruz kalan kişi, hatadan yararlanma suretiyle irtikapta ise yanılan kişi bu suçun mağdurudur. Bazı durumlarda ise irtikap neticesinde ortaya çıkan yararın sahibiyle icbar veya iknaya maruz kalan kişiler farklı olabilir ki bu gibi durumlarda da icbar veya iknaya maruz kalan kişi mağdur, irtikap neticesinde ortaya çıkan yararın sahibi ise “suçtan zarar gören” konumundadır²²⁰.

²¹⁵ Üzülmöz, s. 274.; Koca, s. 250.

²¹⁶ Üzülmöz, s. 275

²¹⁷ Üzülmöz, s. 276.

²¹⁸ Koca, s. 251.; Üzülmöz, s. 276.

²¹⁹ Koca, s. 251.

²²⁰ Üzülmöz, s. 277.

4.7.2.3 Fiil

Bu suçun fiili icbar, ikna veya mağdur ya da suçtan zarar görenin hatası sebebiyle haksız kazanç sağlanması veya bu doğrultuda vaatte bulunmak yoluyla oluşmaktadır²²¹. İcbar suretiyle irtikap suçunun oluşması için hekimin hasta veya hasta yakını üzerinde manevi baskı kurması ve mağdurun bu baskı altında kalmış olması gerekir. İkna suretiyle irtikap suçunda ise hekimin hasta veya hasta yakınına karşı hileli davranışlarda bulunarak onları ikna etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu durumlarda yasaklanan fiil gerçekleşmiş olacağından irtikap suçu ortaya çıkar. Fakat icbar veya ikna eylemlerinin kazanç sağlanmadan veya vaatte bulunulmadan önce gerçekleşmesi gerekmektedir²²². Aksi durumda irtikap suçunun değil de görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluştuğu kabul edilmektedir.

4.7.2.4 Manevi Unsur

Bu suç kasten işlenebilen bir suç olup taksirle işlenmesi mümkün değildir. Çünkü kanun maddesinden de anlaşıldığı üzere bu suç fail tarafından bilerek ve istenerek işlenmektedir. Dolayısıyla fail yani incelenen konu bakımından hekim, görevinin verdiği yetkiyi kullanarak kazanç sağlama amacıyla icbar veya ikna yoluyla hareket ettiği zaman bilerek ve isteyerek bu şekilde davranıyorsa söz konusu suçun manevi unsuru gerçekleşmiş olur. Bu suç da doğrudan kast ile işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir.

4.7.2.5 Netice

Anlaşılan paranın verilmesi, kazancın sağlanması veya vaatte bulunulma ile bu suçun neticesi oluşmuş olur. İrtikap suçuna teşebbüs mümkün olup icbarın veya ikna eylemlerinin belli bir aşamaya ulaşmış olmasına rağmen mağdurun etki altına alınamaması durumlarında suçun teşebbüs aşamasında kalmış olduğu kabul edilecektir²²³.

Tüm bunlarla beraber kanun maddesinin son fıkrasına göre *“İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki*

²²¹ Koca, s. 252.

²²² Koca, s. 252.

²²³ Üzülmez, s. 293.

fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.” Netice ortaya çıktıktan sonra mağdurun durumu veya kazancın miktarı dikkate alınarak cezada indirim yapılabilmesi mümkün olsa da bu fikranın uygulanması zorunlu olmayıp, hâkimin takdirine bağlı olmaktadır²²⁴.

4.7.3 Suçun Özel Görünüş Biçimleri

4.7.3.1 Teşebbüs

Failin vaatte bulunmasına rağmen karşı tarafça kabul edilmemesi nedeniyle suç neticesi gerçekleşmemiş olabilir ki bu durumda suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir²²⁵.

4.7.3.2 İctima

Suçun mağdurunun aynı olması durumunda zincirleme suç kuralları uygulanacağı gibi mağdurların farklı olması durumunda ise mağdur sayısı kadar suç olduğu kabul edilmektedir²²⁶.

4.7.3.3 İştirak

Bu suça iştirak mümkün olup üçüncü kişinin yapılan eylemlere katılması ile suça iştirak ettiği kabul edilir²²⁷.

4.8 Evrakta Sahtecilik – Gerçeğe Aykırı Belge Düzenleme

4.8.1 Genel Olarak

Resmi belgede sahtecilik suçu TCK madde 204’de düzenlenmiş olup buna göre;

“Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmi belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Resmi belgenin,

²²⁴ Şatır, s. 425.

²²⁵ Tezcan, vd., s. 1012.

²²⁶ Tezcan, vd., s. 1012.

²²⁷ Tezcan, vd., s. 1013.

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

Kanun maddesine göre belgenin sahte şekilde düzenlenmesi, var olan bir belgenin başkalarını aldatmaya amaçlı olarak değiştirilmesi veya sahte bir belgenin kullanılması ile bu suçun işlenebilmesi mümkündür. İlgili kanun maddesinden anlaşıldığı üzere suç hem kamu hastanesinde hem özel hastanede çalışan hekimler tarafından işlenebilir. Kamu hastanesinde çalışan fakat kendi yaptığı göreviyle ilgisi olmayan bir resmi evrakın düzenlenmesi halinde maddenin birinci fıkrası, kendi göreviyle ilgisi olan evrakın düzenlenmesi halinde ise maddenin ikinci fıkrası uygulanır²²⁸.

Kamu görevlisi olmayan yani özel hastanede çalışan bir doktor tarafından göreviyle ilgili bu suçun işlenmesi halinde ise TCK'nın 210.maddesinin ikinci fıkrası uygulanır. Bu kanun maddesine göre;

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

Kanun maddesinden de anlaşıldığı üzere haksız kazanç elde edilmesi veya kamu ya da kişilerin ciddi mağduriyetine sebep olunan durumlarda resmi evrakta sahtecilik suçu dikkate alınarak cezaya hükmedilmektedir.

4.8.2 Suçun Unsurları

4.8.2.1 Fail

Bu suçun faili kamu görevlisi olabileceği gibi kamu görevi bulunmayan birisi de olabilir. Dolayısıyla bu suç özgü bir suç olmayıp bu suçun herkes tarafından işlenebilmesi mümkündür²²⁹. Fakat kamu görevlisi veya kamu görevlisi olmayan hekim tarafından bu suçun işlenmesi halinde kanunun farklı maddeleri uygulama alanı bulmaktadır. TCK'nın

²²⁸ Gökcan, H.Tahsin, “Resmi Belgede Sahtecilik Suçu”, ABD, 2009/67 (3), s. 95.

²²⁹ Gökcan, s. 95.

204.maddesinin 2.fıkrasının faili sadece kamu görevlisi olabilir. Kamu görevlisi olmayan hekim hakkında o fıkranın uygulanabilmesi mümkün değildir.

4.8.2.2 Mağdur

Bu suç tipi ile kamu güvenine karşı olan güveni korumak amaçlandığı için suçun mağduru da toplumda bulunan herkes olabilir. Bununla birlikte haksızlığa uğrayarak zararı meydana gelen birinin de katılma talebinde bulunarak davayı takip edebilmesi mümkündür²³⁰.

4.8.2.3 Fiil

Kanun maddesi incelendiği zaman maddenin birinci fıkrasında, kamu görevi bulunmayan veya kamu görevlisi olmasına rağmen yaptığı eylem ile kamu görevinin bağlantısı olmayan şahıslar tarafından resmi belgenin gerçeğe aykırı, başkalarını aldatabilecek şekilde değiştirilmesi, düzenlenmesi veya kullanılması fiilleri cezalandırılmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise kamu görevlisi olarak belgeyi düzenleme yetkisi olan kişi tarafından gerçeğe aykırı belge düzenlenmesi, değiştirilmesi, kullanılması fiilleri cezalandırılmaktadır.

Resmi belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi hareketinden gerçek olmayan resmi evrakın gerçekmiş gibi düzenlenmesi ve var olmayan bir evrakın sahte yollarla meydana getirilmesi anlaşılmaktadır²³¹. Ancak burada önemli olan düzenlenen belgenin gerçekten aldatma kabiliyetine sahip olması ve belgenin bakıldığı zaman sahte olduğunun anlaşılabilmesidir. Aksi halde belgenin sahte olduğu kabul edilmemektedir²³². Resmi belgeyi değiştirmek eylemi ise önceden var olan resmi bir belgeye ekleme veya çıkarma yapılması halinde ortaya çıkmaktadır²³³. Bu değişikliğin yapılması ile suç

²³⁰ Gökcan, s. 95.

²³¹ Gökcan, s. 107.

²³² Y. 15. CD. T.14/03/2017, E.2017/14316, K.2017/7499 “... Sanık ...'ın tüm aşamalarda “bizzat kendisinin giderek diğer sanık doktorlara muayene olduğu ve alınan ilaçları da bizzat kendisinin kullandığına” ilişkin istikrarlı savunmaları ile üzerinde herhangi bir tahrifat yapılmaksızın suçta kullanılan babasına ait sağlık karnesinin başkasına ait olduğunun görevlilerce basit bir denetim sonucunda kolaylıkla tespit edilmesinin mümkün olduğu, sanığın eyleminin aldatma özelliğinden yoksun olması nedeniyle hile boyutuna ulaşmaması karşısında, unsurları itibarıyla oluşmayan nitelikli dolandırıcılık ve resmi belgede sahtecilik suçlarından beraatları yerine yetersiz gerekçe ile mahkumiyetine karar verilmesi,...” (sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

²³³ Gökcan, s. 108.

tamamlanmış olup evrakın kullanılmış olması şart değildir²³⁴. Hekim tarafından hastayı görmeden sağlık raporu düzenlenmesi, sahte yollarla reçete düzenlenip resmileştirilmesi²³⁵ veya hastayı görmeden reçete yazılması²³⁶ eylemleri bu suçun unsurlarını oluşturmaktadır.

4.8.2.4 Manevi Unsur

Bu suç kasten işlenebilen bir suç olup taksirle işlenmesi mümkün değildir. Yani bu suç fail tarafından bilerek ve istenerek işlenmektedir. Failin yani incelenen konu bakımından hekimin bu eylemi yapmada bir kastı yoksa o durumda cezai sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmaz²³⁷.

4.8.2.5 Netice

Evrakta sahtecilik suçu seçimlik hareketli suç olduğundan suçun oluşması için bu hareketlerden birinin gerçekleşmesi yeterlidir²³⁸. Failin kendi elinde olmayan nedenlerden dolayı icra hareketlerini yarıda bırakması halinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmektedir. Hekimin kendi iradesiyle bu eylemi sonlandırması halinde gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır²³⁹.

²³⁴ Gökcan, s. 108.

²³⁵ Y. 6. CD. T. 08/12/2005, E.2003/12837, K.2005/11624 (sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

²³⁶ Y. 4.CD. T.11/04/2011, E.2011/3757, K.2011/4751 (sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

²³⁷Y. 15. CD. T.14/03/2017, E.2017/14316, K.2017/7499 “...Doktor olan sanıklar, ve'in tüm aşamalarda, “üzerlerine atılı suçlamayı kabul etmediklerine ve sanıklar ... ve'i muayene ederek, elde ettikleri tetkiklere göre suça konu ilaçları yazdıklarına” ilişkin istikrarlı savunmaları, bu savunmaları doğrular içerikte diğer sanıklar ve'in doktorların yanına bizzat giderek kaslarının gelişmesi için suça konu ilaçları yazdıklarına ve bu ilaçları kendilerinin kullandıklarına ilişkin beyanları ile doktor olan sanıklar ile diğer sanıklar arasında iştirak halinde hareket edildiğine dair her hangi bir delilin bulunmadığı, kayıt işlemlerinin genellikle hastane personeli tarafından yapıldığı hususu da göz önüne alındığında sanıkların sahtecilik kastı ile hareket etmedikleri, dolayısıyla resmi belgede sahtecilik suçundan beraatları yerine...” (sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

²³⁸ Gökcan, s. 124.

²³⁹ Gökcan, s. 123.

4.8.3 Suçun Özel Görünüş Biçimleri

4.8.3.1 Teşebbüs

Bu suça teşebbüs mümkün olup suçun seçimlik hareketlerinden herhangi birinin failin elinde olmayan nedenlerden dolayı tamamlanamaması durumunda suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir²⁴⁰.

4.8.3.2 İctima

Birden fazla sahte belge düzenlenmesi aynı suç kararı ile gerçekleşmişse bu durumda zincirleme suç kuralları uygulama alanı bulacaktır²⁴¹. Bununla beraber söz konusu belgenin kullanılması ile başka bir suç işlenmiş olabilir ki bu gibi durumlarda fail her iki suçtan dolayı cezalandırılacaktır²⁴².

4.8.3.3 İştirak

Bu suça iştirak mümkün olup kamu görevlisi olmayan kişi ile kamu görevlisinin bu suçu birlikte işlemeleri halinde her ikisi kamu görevlisinin resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı cezalandırılır²⁴³.

4.9 Kişisel Verilerin Açıklanması

4.9.1 Genel Olarak

Tıp hukuku bakımından kişisel veri, hekimin ve diğer sağlık personellerinin hasta hakkında öğrendikleri tüm bilgiler olarak anlaşılmaktadır²⁴⁴. Tüm sağlık mensupları hasta ile ilgili öğrendikleri bilgiler bakımından gizlilik kurallarına uymak zorundadır. Aksi takdirde hasta ile ilgili bilgileri başkalarıyla paylaşan kişi TCK'nın 136.maddesine göre cezalandırılır. Bu maddeye göre “ *Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” Bununla beraber 18.01.2016 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilen “Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı” 07.04.2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiş ve kişisel

²⁴⁰ Tezcan, vd., s. 823.

²⁴¹ Tezcan, vd., s. 824.

²⁴² Tezcan, vd., s. 823.

²⁴³ Tezcan, vd., s. 825.

²⁴⁴ Yılmaz, s. 45.

verilere ilişkin cezai yaptırım konusunda TCK hükümlerinin, bazı diğer durumlarda ise idari para cezasının uygulanacağı belirtilmiştir. Aynı zamanda CMK'nın 46.maddesine göre “ *Hekimlerin, dış hekimlerinin, eczacıların, ebelerin ve bunların yardımcılarının ve diğer tüm tıp meslek veya sanat mensuplarının bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler dolayısıyla tanıklıktan çekinme hakları vardır.*”

Hangi bilgilerin gizli olarak kalması gerektiği hastanın yararı dikkate alınarak belirlenmelidir. Hastanın veya yakınlarının özel hayatını²⁴⁵, geleceğini²⁴⁶ ve bu gibi hususları etkileyebilecek bilgiler bu kapsamda değerlendirilmektedir²⁴⁷. Dolayısıyla tıp hukuku bakımından değerlendirildiğinde kişiye ait her türlü bilgi değil de ancak hastanın başkaları tarafından öğrenilmesini, duyulmasını istemediği bilgiler anlaşılmalıdır. Uygulamada hastanın adı, bilgileri, öyküsü, hastalığı, hastalığının tedavisi, muayene sonuçları kişisel veri olarak değerlendirilmektedir²⁴⁸.

²⁴⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu T. 10/06/2014, E.2012/1514, K.2014/312 “...Kendisi ve eşi de memur olan sanığın, yapacakları şikayete konu olmak üzere eşi ile aynı işyerinde ebe olarak çalışan katılanın doğum belgesini hastaneden alarak, il sağlık müdürlüğüne verdikleri şikayet dilekçesinin ekinde sunmaları şeklinde gerçekleşen somut olayda, katılana ait doğum belgesinin kişisel veri olması, memur olarak çalışan sanığın başkasına ait bilgileri içeren bir belgeyi velevki yapacağı şikayet başvurusuna konu olsa dahi almasının hukuka aykırı olacağını bilebilecek durumda bulunması, suça konu doğum belgesini şikayet dilekçesine eklemek suretiyle burada yer alan ve kişisel veri niteliğinde bulunan bilgilerin katılanın rızası dışında başkalarının öğrenilmesine neden olunması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın eylemi TCK'nun 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme ve yayma suçunu oluşturacaktır. Suça konu doğum belgesinin yapılacak şikayetin delili olarak sunulmak amacıyla alınmış olması nedeniyle eylemin haksızlık oluşturduğu konusunda hataya düşüldüğü ileri sürülebilir ise de, uzun süredir memur olarak çalışan sanığın başkasına ait bilgiler içeren bir belgeyi ilgilinin bilgi ve rızası olmaksızın almasının hukuka aykırı olduğunu bilecek durumda bulunması, eşinin sağlık çalışanı olması ve iki çocuğunun bulunması nedeniyle doğum belgesinin ne şekilde alındığını biliyor olması, şikayet dilekçesi içeriğinde belirtilmek suretiyle ilgili belgenin şikayet başvurusu yapılan kurumca temininin imkan dahilinde bulunması göz önünde bulundurulduğunda, fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hatadan söz edilmesi mümkün değildir...”(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

²⁴⁶ “Bir hekim asistanlık döneminin ilk yıllarında bir psikiyatri kurumunda nöbetçi olarak çalıştığı sırada başından şöyle bir olay geçmektedir; “Hastanede yaşlı kadın hasta yatmaktaydı. Hastaneye manik atak nedeniyle yatmıştı. Gece telefon geldi ve genç adam kadının yurt dışında yaşayan yeğeni olduğunu, uzakta olduğu için ziyarete gele bilmediğini söyledi. Ardından hastalığın genetik yönü olup olmadığını sormuş ve hekim böyle bir şansın olduğunu, 1.derece akrabalarda görülme oranının 10 kat daha fazla olduğunu belirtmiştir. Ertesi gün hastaneye gelen genç kız “ Siz benim hayatımı mahvettiniz. Nişanlımın beni terk etmesine neden oldunuz. Annemin hastalığını nasıl başkasına anlatır ve bunun genetik geçişli olduğunu söylersiniz” diye serzenişte bulunmuştur”.<<https://www.hukukihaber.net/>> (12/05/2017)

²⁴⁷ Hakeri, 2016, s. 505.

²⁴⁸ Aydın, Nizamettin, “Tıp Ceza Hukukunda Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme ve Ele Geçirme Suçu”, SÜHFD, 2013/21 (2), s. 9.

Kişinin kendisinin açıklamış olduğu veya herkes tarafından açıkça görünen ve anlaşılan bilgiler bu kapsamda değerlendirilmemelidir²⁴⁹. Bu bilgiler de kişisel veri kavramı dahilinde kabul edilmekte ise de kanun maddesinin uygulama alanı çok genişletilmeden her eylemin suç olarak kabul edilerek karışıklığa sebebiyet verilmemesi amaçlanmıştır²⁵⁰. Fakat hasta ile ilgili kesin olmayan bir bilginin hekim tarafından açıklanması durumunda bu bilginin kesinlik kazandığı kabul edilerek hekimin suç işlediği kanaatine varılmaktadır²⁵¹. Sağlık mesleği mensubu öğrendiği bilgileri ailesi ve bazı durumlarda hastanın ailesi ile dahi paylaşmamalıdır. Ancak bazı istisnai durumlarda yani ailenin korunması gereken veya hastanın yararı söz konusu olduğu durumlarda konunun hastanın ailesi ile paylaşılabilmesi mümkündür²⁵². Çocukla ilgili bilgileri ebeveynle paylaşıp paylaşılmaması gerektiği somut olaya göre değerlendirilmelidir. Henüz rıza verme hakkına sahip olmayan bir çocuk genel olarak hekimin sır saklama yükümlülüğünden tam olarak yararlanma hakkına sahiptir. Mesela kadın doğum uzmanına giden genç kızın kural olarak rıza verme hakkı olmasa da hekimin sır saklama yükümlülüğünden yararlanabilmelidir²⁵³. Bu noktada eğer çocuğun yararı üstün ise ebeveynin bilgilendirme hakkının bulunmadığı, ebeveynin bilgilendirme hakkı yüksek ise hekimin sır saklama yükümlülüğünün bulunmadığını kabul etmek gerekir.

Hekim, bilirkişi olarak öğrendiği bilgileri de saklamakla yükümlü olup bu bilgilerin hakim ve savcı haricinde başka biriyle paylaşılması halinde kişisel verileri açıklama suçunun unsurlarının oluştuğu kabul edilecektir²⁵⁴. Eğer ilgili kişi hukuki nedenlerden ötürü kendisi hakkında yapılan muayeneyi kabul etmek zorunda ise bu muayeneyi yapan hekim sonuçları ilgili makamlara bildirmek zorundadır. Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere bu suç tipi ile hem bireylerin hem toplumun yararları

²⁴⁹ Büyükay, Yusuf, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", AÜEHFD, 2004/8 (1-2), s. 386.

²⁵⁰ Y. 12. CD. T.08/09/2014, E. 2014/1553, K. 2014/17260 (sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

²⁵¹ Eşi tarafından darp edilen kadının bu olayı gerek muayeneden önce ve gerekse sonra başka kimselere söylemiş olmasına rağmen hekimin yolda rastladığı bir kimsenin "dedikodular doğru mu?" sorusuna "evet" cevabı vermesi üzerine açılan davada mahkeme, her ne kadar herkes tarafından bilinen bir şeyin açıklanması suç olmayacak ise de burada henüz dedikodu seviyesinde bilinen bir şeyin hekim tarafından açıklanmış olması dolayısıyla hekimin suç işlediğine karar vermiştir.

²⁵² Aydın, Erdem, "Hekimin Sır Saklama ve İhbar Yükümlülüğü", Hacettepe Üniversitesi Katkı Pediatri Dergisi, 2002, 22 (3),s. 304.

²⁵³ Aydın, N., s. 18.

²⁵⁴ Büyükay, s. 388.

korunmaktadır²⁵⁵. Yani bu suç tipi ile ilk olarak kişinin sağlık hakkı daha sonra ise toplumun sağlık hakkının korunması amaçlanmıştır.

4.9.2 Suçun Unsurları

4.9.2.1 Fail

Bu suçun failinin herkes olabilmesi mümkündür²⁵⁶. Gerek hekimler gerekse de diğer sağlık mensupları bu suçun faili olarak karşımıza çıkabilir. Gerek kamu hastanesinde, gerek özel hastanede çalışan hekim ve diğer sağlık mensupları bu suçun faili olabilirler. Fakat kanunun 137.maddesinde de düzenlendiği üzere “*Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların; Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle, Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, İşlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır*”. Dolayısıyla bu suçun failinin devlet hastanesinde çalışan hekim veya diğer sağlık personeli olması halinde verilecek ceza yarı oranında artırılmaktadır.

Tıbbi araştırmalar sonucu elde edilen kişisel nitelikte olan bilgiler de hekimin sır saklama yükümlülüğü kapsamında olup hastaya ilişkin bilgilerin başkalarına aktarılması ancak hastanın rızasıyla mümkün olabilir²⁵⁷. Hekimler araştırmalarının sonuçlarını diğer hekimlerle paylaşmakta, kongrelerde hastalar ve yapılan ameliyatlara gösterilmekte, bilimsel dergilerde hastaların hikayesi veya resimleri aktarılmaktadır²⁵⁸. Ancak bu tip yayınlarda hastanın kimliğinin gizli kalması gerekmektedir. Aynı husus kongrelerde hastanın resminin yayınlanması bakımından da geçerlidir. Bu resimlerde hastanın resmi kendisi hiçbir şekilde tanınmayacak şekilde aktarılmalıdır. Bunun aksi durumlarda hastanın rızası şarttır.

4.9.2.2 Mağdur

Konumuz bakımında bu suçun mağduru tedavi gören hastalardır. Hastanın cinsiyeti, dini, ırkı vs. fark etmeksizin bu suçun mağduru olabilmesi mümkündür. Hekimin yükümlülüğü hastanın ölümü gerçekleşikten sonra da devam etmektedir²⁵⁹.

²⁵⁵ Hakeri, 2016, s. 504.

²⁵⁶ Aydın, N., s. 18.

²⁵⁷ Hakeri, 2016, s. 511.

²⁵⁸ Aydın, E., s. 6.

²⁵⁹ Aydın, N., s. 62.

Hekimin bu bilgileri ölümden sonra dahi paylaşmaması etik değerler bakımından gereklidir²⁶⁰.

4.9.2.3 Fiil

Bu suçun fiili kişisel veriyi verme, yayma veya ele geçirme eylemleridir. Kişisel veriyi verme eylemi hastaya ait bilgilerin hasta veya hekim haricinde başka kişilere açıklanması, verilmesi olarak anlaşılmaktadır²⁶¹. Yayma fiili ise hekim veya diğer sağlık mensupları tarafından kişisel veriyi başkalarına ulaştırmakla ortaya çıkmaktadır²⁶². Ele geçirme fiili ise hekimler tarafından çok gerçekleştirilmemekle beraber bu fiil de önceden var olan bilginin olduğu yerden alınarak kaydedilmesi veya başka şekilde ele geçirilmesi halinde söz konusu olmaktadır.

4.9.2.4 Manevi Unsur

Bu suç kasten işlendiği takdirde cezalandırılabilen suçtur. Bu suçun ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceği konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar hastaya ait dosyanın ortada bırakılmasının bu suçu oluşturmadığını savunsalar da²⁶³ bir kısım yazarlar da hekimin başkalarının görebilmesi amacıyla dosyaları özellikle açık bırakması halinde bu suçun ihmali hareketle işlendiğini savunurlar. Ancak bu suç sadece kasten işlendiği zaman cezalandırılabilir. Yani fail yaptığı eylemin yasaya aykırı olduğunun bilincinde olarak hareket etmeli olup aksi takdirde cezalandırılması yoluna gidilmesi mümkün değildir²⁶⁴. Taksirle işlenmesi durumunda bu suç cezalandırılmaz.

²⁶⁰ “Mahkemeye konu olan olaya göre miras davasında ölen kimsenin kanuni mirasçısı ile son günlerinde kaldığı huzurevinin sahibi arasında miras konusunda uyuşmazlık çıkmıştır. Ölen kişi vasiyetnamesinde huzur evi sahibini mirasçı olarak atamıştır. Ancak mahkeme miras bırakanın o anda karar verme yeteneğine sahip olup olmadığı konusunda araştırarak vasiyetnamenin geçerli olup olmadığını tespit edecektir. Bu amaçla miras bırakanı son günlerinde tedavi eden hekim duruşmaya davet edilmiş ve konu kendisine sorulmuş ancak hekim sır saklama yükümlülüğü dolayısıyla açıklamada bulunmak istememiştir. Mahkeme hekimin bu davranışının hukuka uygun olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre kendisinden istenilen bilgiler kendisine güvenilerek aktarılmış bilgiler olmayıp ölen kimsenin o sıralarda yanında olan diğer kişiler gibi genel tespitleri istenmektedir. Bunun üzerine yapılan itirazda bakan yüksek mahkeme hekimin bu takdirde de sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu, mahkemede açıklayacağı vasiyetname ehliyetine ilişkin bilgilerin hastanın ruhsal durumuna ilişkin başkasının duymak istemeyeceği bilgiler olabileceğine karar vermiştir.”

²⁶¹ Aydın, N., s. 20.

²⁶² Aydın, N., s. 20.

²⁶³ Hakeri, 2016, s. 510.

²⁶⁴ Y. 12. CD. T. 08/09/2014, E. 2014/1553, K.2014/17260 “...somut olay incelendiğinde, karı koca olan sanıkların doktor olduğu ve kozmetik, dermatoloji ve cerrahi alanda faaliyet gösteren müşterek özel bir klinik işlettikleri, katılanın, kliniğe ait banka hesabının bulunduğu şubenin yetkilisi olduğu ve banka işlemlerinin katılan tarafından takip edildiği, sanık Hande'nin, bankanın

Dolayısıyla hekimin hastaya ait dosyayı masanın üstünde unutması ve başkalarının bunu görmeleri halinde hekimin kastı bulunmadığı için bu suçun manevi unsurunun oluşmadığını kabul etmek gerekir.

4.9.2.5 Netice

Kişisel verilerin yasaya aykırı olarak ele geçirme, başkalarına verme veya yayma eylemlerinin gerçekleşmesi ile netice meydana gelmektedir. Suçun tamamlanması için mağdurun zararının meydana gelmesi şart değildir²⁶⁵.

4.9.3 Suçun Özel Görünüş Biçimleri

4.9.3.1 Teşebbüs

Kişisel sağlık verilerinin açıklanması suçuna teşebbüs de mümkündür. Hekimin hastaya ait kişisel verileri basına vermek için posta yoluyla göndermesi ancak kolluk kuvvetleri tarafından henüz basına ulaşmadan ele geçirilmesi halinde hekim, teşebbüs aşamasında kalmış suç nedeniyle cezalandırılacaktır²⁶⁶. Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda cezanın verilmesinden tamamen vazgeçilmez ve fakat cezada indirim uygulanır²⁶⁷. Bu nedenle verilen örnekteki hekim bakımından cezada indirim uygulanacaktır.

4.9.3.2 İçtima

TCK md. 136'da 'veren, yayan ve ele geçiren' olarak 3 tane seçimlik hareketten bahsedilmiştir. Hekimin açıkladığı kişisel veriyi aynı zamanda hukuka aykırı olarak ele

genel müdürlüğüne dilekçe ile başvurarak, katılan ile eşi diğer sanık Mehmet Levent'in ilişkisi olduğu, katılanın kendisini rahatsız ettiği, banka hesaplarını kötüye kullandığı, sanık Mehmet Levent'ten menfaat temin ettiği ve kliniklerinden karşılıksız yararlandığı iddiasıyla şikayetçi olduğu, katılan hakkında bankanın teftiş kurulu başkanlığınca başlatılan soruşturma sırasında piyasa araştırmasına esas olmak üzere banka müfettişlerince sanıklardan, katılanın klinikten aldığı hizmetlerin (epilasyon, cilt bakımı, lazer vb.) dökümünün alındığı, soruşturma sonucunda klinikten alınan bir kısım hizmetler için ücret ödenmediği, karşılıksız menfaat sağlandığının tespiti üzerine banka yönetimince katılanın işine son verildiği olayda; katılanın klinikten aldığı hizmetlerin dökümü yasal anlamda kişisel veri kapsamında kabul edilemeyeceği gibi şüphe üzerine şikayet eimenin her vatandaşın hakkı olduğu, hizmet dökümünü bir başkasına verdikleri veya yaydıklarına ilişkin haklarında bir iddia ileri sürülmeden sanıkların, teftiş kurulunca yapılan soruşturma sırasında katılan hakkındaki iddialarını ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettikleri bilinciyle de hareket etmedikleri, atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşıldığından..."(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

²⁶⁵ Şatır, s. 483.

²⁶⁶ Aydın, s. 26.

²⁶⁷ Zafer, s. 420.

geçirmesi halinde tek suç mu iki farklı suç mu oluşturacağı içtimanın konusudur. Bu halde tek suç oluşacak ancak ceza oranı belirlenirken bu husus dikkate alınacaktır²⁶⁸. Ceza kanununda cezalar için alt ve üst sınırlar öngörülür. Kişisel verilerin açıklanması suçunda iki hareketin olması durumunda ceza tayininde alt sınırdan ceza miktarı belirlenmesinden uzaklaşılır ve üst sınırdan ceza miktarı belirlenir.

4.9.3.3 İştirak

Hastayı muayene eden iki hekimin ortak basın açıklaması yaparak kişisel verileri açıklamaları halinde müşterek faillik durumu ortaya çıkar. Hekimlerin basın açıklaması yapmaları için gerekli hazırlıkları yapan kişiyi yardım eden olarak nitelemek mümkündür. Söz konusu suç bakımından tüm iştirak hallerinin oluşması mümkündür.

4.9.4 Hukuka Uygunluk Nedenleri

Hastanın rızası, zorunluluk hali ve kanuni mecburiyet halleri var olan durumlarda kişisel verilen verilmesi suçunun unsurlarının oluşmadığı kabul edilmektedir.

4.9.4.1 Hastanın Rızası

Hastanın rızasının olması durumunda bu suçun işlenebilmesi mümkün değildir²⁶⁹. Aynı zamanda hastanın rızasını açıklayamadığı durumlarda kendisinin veya başkasının hayat ya da sağlık hakkının korunması amacıyla kişisel bilgilerin verilmesi hukuka uygun olacaktır. Bu izin hem açık hem zımni şekilde olabilir²⁷⁰. Hekimin başka bir hekime hastanın bilgilerini vermesi halinde bu suçun oluştuğu düşünülse de bazı tıbbi müdahalenin ekip çalışması içinde yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla bu çalışma içinde ekipte yer alan personelin hastaya ilişkin bilgileri öğrenmesi doğal sonuç olarak ortaya çıktığı için doktrinde bu durumda hastanın zımni izni olduğu kabul edilmektedir²⁷¹. Yani bu kişilere hastaya ait bilgilerin aktarılması halinde bu suç oluşmayacaktır. Hekimin başka hekimle konuyu tartışabilmesi için ise ya hastanın açık bir şekilde rızası olmalı ya da hekim hastaya ait şahsi bilgileri açıklamadan sadece hastalıkla ilgili diğer hekimden

²⁶⁸Akçakoca, Mehmet, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk", *EÜHFD*, 2007/2(1-2), s. 119.

²⁶⁹ Aydın, N., s. 23.

²⁷⁰ Yılmaz, s. 99.

²⁷¹ Aydın, N., s. 23.

fikir alabilir. Kural olarak hastanın ölümü gerçekleştiikten sonra da hekimin sır saklama yükümlülüğü devam etse de²⁷² hastanın ölmeden önce bu konuya ilişkin rızası varsa artık bu suçun oluşması mümkün olmayacaktır. Bazı zamanlarda ise varsayılan rızanın bulunduğu kabul edilmektedir. Bunun için hastanın hiçbir şüpheye yer kalmayacak şekilde kişisel verilerinin korunmasına yönelik yararının bulunması söz konusu olmamalıdır. Özellikle hastanın yakın akrabalarına bilgi verilmesi durumunda genelde bu hukuka uygunluk sebebi söz konusu olmaktadır.

4.9.4.2 Bildirme Yükümlülüğü

Hekime belirli hususları açıklama yönünde görev yüklenmişse bu takdirde hukuka uygunluk sebebi söz konusu olur ve hatta görevin yerine getirilmemesi suç oluşur. Bu görev açık bir yasa hükmü ile hekime verilmiş olabilir. Mesela zührevi hastalıklar veya verem hastalığı bildirim mecburi hastalıklar arasındadır. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 282.maddesine göre kanundaki zorunluluklara aykırı davranışlar hakkında kanunda ayrıca ceza hükmü gösterilmemesi halinde ve yapılan eylemler TCK'da daha ağır ceza gerektirmediği takdirde idari yaptırım uygulanır. Ayrıca daha önce de ifade edildiği üzere hekim bir ceza muhakemesinde sır tutma yükümlülüğünün uzantısı olarak tanıklıktan çekinme hakkını kullanabilir ve hatta hastanın kimliğini açıklama yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

4.9.4.3 Basının Haber Verme Hakkı

TCK'nın 26.maddesine göre hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. Zira basının söz konusu bu hakkı bir hukuka uygunluk sebebidir. Basının siyasi veya ünlü kişilerin sağlık durumları ile ilgili olarak yaptığı yayınlar gerçek ve güncel olmak kaydıyla kişisel verilen açıklanması suçunu oluşturmaz.

4.9.5 Kusurluluğu Etkileyen Haller

4.9.5.1 Zorunluluk Hali

Hekimin zorunluluk halinden yararlanabilmesi için korunan hukuki yararın ihlal edilen hukuki yarardan daha üstün olması veya eşit olması gerekmektedir²⁷³. Mesela hekimin bir kimsenin akıl hastalığını bildirerek tedavi altına alınmasını sağlaması veya

²⁷² Hakeri, 2016, s. 510.

²⁷³ Aydın, N., s. 25.

akıl hastasının başkasına zarar vermesini önlemek amacıyla ilgili mercilere haber vermesi ya da bilincini kaybetme tehlikesi bulunan hastanın araç kullanmasını önlemek amacıyla polise haber verilmesi hallerinde bu hukuka uygunluk sebebi söz konusu olur. Hayat hakkı ve sır saklama yükümlülüğü kıyaslandığında hayat hakkı daha üstün olduğu için bu durumda bu yükümlülük ihlal edilebilir.

Burada değerlendirilmesi gereken diğer bir husus ise hekimin hastalığı bildirdiği halde cezalandırılmaması ile birlikte durumu ayrıca eşe bildirme yükümlülüğü olup olmadığıdır. Doktrinde hekimin bildirmekle yükümlü olduğu görüşü savunulmaktadır. Ancak hekim diğer eş bakımından da garantör ise bu durumda bildirme yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmek gerekir²⁷⁴. Hekim garantör ise bu yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde bir yandan ihmali davranışla yaralamaya iştiraktan sorumlu olur bir taraftan da tazminat sorumluluğu söz konusu olur²⁷⁵. Ancak eş hekimin kendi hastası değilse böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır.

4.9.5.2 Yanılgı

Hekimin hastanın rızasının var olduğunu veya zorunluluk halinin bulunduğunu düşünmesi halinde hukuka uygunluk sebeplerinde yanılgı söz konusu olur²⁷⁶. Bu durumda yanılgı hukuka uygunluk sebebinde yanılgıdır ve ona göre hüküm vermek gerekir.

Hastanın intihar tehlikesinin bulunduğu durumlarda hekimin bu durumu 3.kişilere açıklanabileceğini zannetmesi durumunda unsur yanılgısı söz konusu olur. Ancak TCK'nın 30.maddesine göre hekim açıklama yetkisi sınırları konusunda yanılırsa hukuki yanılgı vardır ve bu yanılgı kaçınılmaz ise fail cezalandırılmaz.

4.10 Suçu Bildirmeme Suçu

4.10.1 Genel Olarak

Kamu görevlisinin ve sağlık mensuplarının suçlu bildirmeme eylemlerinden dolayı cezalandırılmaları kanunun 279 ve 280.maddeleri ile düzenlenmiştir. TCK'nın 280.maddesinde sağlık mensuplarının cezai sorumlulukları düzenlenmiş ve maddenin

²⁷⁴ Hakeri, 2016, s. 516.

²⁷⁵ Hakeri, 2016, s. 515.

²⁷⁶ Hakeri, 2016, s. 511.

2.fikrasında sağlık mesleği mensubu deyiminden hangi kişilerin anlaşıldığı açıklanmıştır. Madde gerekçesine göre;

“ mesleklerini icra ettikleri sırada tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin öğrendikleri suçları ihbar yükümlülüklerini getirmiş bulunmaktadır. Söz konusu ihbar yükümlülüğü, madde metninde sayılan sağlık mesleği mensupları ile sınırlı değildir. Örneğin, bir tıbbi tahlil laboratuvarında görev yapan kişiler açısından da mevcuttur. Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımaktadırlar. Bu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranışları halinde, yukarıdaki madde hükmü uygulanacaktır”.

Sağlık mensubu kamu görevlisi ise madde 279²⁷⁷, kamu görevlisi olmaması halinde ise madde 280²⁷⁸ uygulama alanı bulur.

Bu suç TCK'nın Adliyeye Karşı İşlenen Suçlar başlığı altında düzenlendiğinden bu suç ile adliyenin korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır²⁷⁹. Çünkü yargılamanın yapıldığı, suçluların cezalandırıldığı yer adliyedir. Tüm bunların yapılabilmesi için suçluları ihbar etmekle yükümlü olanların bu hususta yetkili makamları bilgilendirmeleri gerekmektedir.

TCK md. 279 ve md. 280'nin uygulanabilmesi için kamu görevlisi veya sağlık personelinin ihbarla yükümlü olduğu suçu görevi nedeniyle öğrenmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde TCK m.278'in uygulanması gerekecektir. Mesela bir doktorun veya hemşirenin sokakta işlenen bir suça şahit olup da yetkili makamlara bilgi vermemeleri halinde TCK m. 278'in uygulanması gerekecektir.

²⁷⁷ TCK. Md. 279 “Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

²⁷⁸ TCK. Md. 280 “Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

²⁷⁹ Kolcu, Selahattin, “TCK’da Suçu Bildirmeme Suçu”, İstanbul Kültür Üniversitesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2014, s. 63.

4.10.2 Suçun Unsurları

4.10.2.1 Fail

Genel olarak bu suçun failinin herkes olabilmesi mümkündür²⁸⁰. Fakat TCK m. 279'un uygulanabilmesi için failin kamu görevlisi ve m. 280'in uygulanabilmesi için ise failin sağlık mensubu olması gerekmektedir. Yani gerek devlet hastanesinde gerekse de özel hastanede çalışan sağlık personelinin bu suçun faili olabilmesi mümkün olup failin kamu görevlisi olması halinde m. 279 uygulanır²⁸¹. Tıbbi müdahale birden fazla sağlık personeli tarafından yapılmışsa ve suçun belirtilerine şahit olmuşlarsa bu durumda her birinin suçu bildirme yükümlülükleri vardır²⁸². Suçu bildirmekle sadece bir kişinin yetkilendirilmiş olması halinde dahi olaya şahit olan tüm sağlık personelinin yükümlülüğü devam etmekte olup birinin suçu ihbar etmesi halinde diğer tüm sağlık personelinin yükümlülüğü ortadan kalkmış kabul edilmektedir²⁸³. Sağlık personelinin başka ülke vatandaşı olması da mümkün olup bu durumda da cezai sorumluluk devam etmektedir²⁸⁴. Veterinerlerin bu suçun faili olup olamayacağı doktrinde tartışmalı olup fakat hayvanlar hukukumuzda göre mal sayıldığından ve bu suç tipi ile insan hayat ve sağlığı korunduğundan veterinerlerin bu suçun faili olamayacağı kanaati oluşmaktadır²⁸⁵. Aynı zamanda failin kendisinin veya yakınlarının aleyhine beyanda bulunmayacağı Anayasanın 38. maddesi ile düzenlendiğinden failin bu durumlarda suçu bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır²⁸⁶.

²⁸⁰ Kolcu, s. 74.

²⁸¹ Y. 4.CD. T.07/10/2009, E.2008/1710, K.2009/15748, "...Devlet hastanesi acil servisinde hekim olarak görevli olan sanığın, ateşli silahla bacağından yaralanmış olan hastayı tedavi etmesine karşın, tedavi işlemi poliklinik defterine kaydetmediği gibi durumu yetkili makamlara da bildirmedeğinin iddia edilmesi karşısında, eylemlerinin kanıtlanması durumunda 765 sayılı TCY'nın 230 ve 235. maddelerine (5237 sayılı Yasanın 257/2, 279) uyan suçları oluşturabileceği ve 765 sayılı Yasanın 530. maddesindeki suçun kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarının eylemlerini düzenlediği gözetilerek, yargılamaya devam edilerek kanıtlar değerlendirilmek suretiyle ilgili yasa hükümlerindeki suçlara ilişkin öğelerin varlığı tartışılıp, 5237 sayılı Yasanın 7/2 ve 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddeleri uyarınca lehe inceleme de yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile ve eylemin yalnızca anılan 530. maddeye uyduğu ve bu durumda suçun zamanaşımının dolduğu biçimindeki yasaya aykırı gerekçeyle kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi..."(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

²⁸² Zafer, Hamide, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu, İÜHFİM, 2013, LXXI (1), s. 1337.

²⁸³ Zafer, s. 1337.

²⁸⁴ Zafer, s. 1337.

²⁸⁵ Kolcu, s. 190.

²⁸⁶ Kolcu, s. 198.

TCK m. 280'nin faili sadece özel hastanelerde veya özel muayenehanelerde çalışan sağlık mensuplarının olabilmesi mümkündür²⁸⁷. Hekimin ve diğer sağlık personelinin kamu görevlisi olması halinde ise TCK madde 279'un uygulanması gerekmektedir²⁸⁸.

4.10.2.2 Mağdur

Bu suçun mağduru bulunmamakla beraber²⁸⁹ suçun zarar göreni adliye²⁹⁰ ve dolayısıyla kamu²⁹¹ adına Devlettir²⁹². Nitekim Yargıtay'ın kabul etmiş olduğu karara göre bu suç adliyeye, dolayısıyla devlete karşı işlenebilen suç olduğundan kimsenin suçun mağduru sıfatıyla davaya katılması mümkün olmamaktadır²⁹³.

4.10.2.3 FİL

Suçu bildirmeme suçu “işlenmekte olan bir suçun yetkili makamlara bildirilmemesi ve işlenmiş olmakla beraber neticeleri sınırlanabilecek” bir suçun yetkililere bildirmeme fiilleri ile gerçekleşmektedir. Aynı şekilde ilgili kanunun 280. maddesinde de sağlık mesleği mensupları ile ilgili “Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar

²⁸⁷ Y. 4. CD. T.15/12/2010, E.2009/12822, K. 2010/20981 “...Z. B. adli şahsın trafik kazası sonucu ağır yaralı olarak getirildiği özel hastanede beyin cerrahi olan sanık A. T.'nin yaralanan şahsi ameliyat ettikten 4 gün sonra öldüğünü bilmesi, sanık Başhekim M. T.'in de Mernis ölüm tutanağını imzalaması karşısında; ölümle sonuçlanan trafik kazası suçunun işlendiğine dair belirti ile karşılaşmalarına rağmen durumu yetkili makamlara bildirmemek suretiyle atılı suçu işledikleri gözetilmeden yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile beraatlerine karar verilmesi...”(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

²⁸⁸ Y. 4. CD. T.15/12/2010, E.2010/10480, K.2010/20911 “...Kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun görevi ile ilgili işlemiş olduğu suçu bildirmeme eyleminin, TCK.nun 279. maddesindeki suçu oluşturacağı gözetilmeden, TCK.nun 280. maddesi ile uygulama yapılması...”(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

²⁸⁹ Şatır, s. 490.

²⁹⁰ Y. 9. CD. E. 2013/16883, K. 2013/2718 “...saniğe atılı sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu adliyeye karşı işlenen suçlardan olup...”(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

²⁹¹ Y. 12. CD. E.2012/5016, K.2012/28318 “...katılanın kamuya karşı işlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçuna katılması mümkün olmadığından...”(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

²⁹² Kolcu, s. 200.

²⁹³ Y. 9.CD. T. 11/03/2014, E.2013/16883, K.2014/2718 “...saniğin atılı sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu adliyeye karşı işlenen suçlardan olup, korunan hukuki yararın niteliği itibariyle suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen ve bu nedenle de davaya katılma hakkı olmayan Fadime A'nın davaya katılmasına ilişkin olarak verilen karar hukuki değerden yoksun olup, hükmü temyiz yetkisi vermeyeceğinden vekilin temyiz isteminin reddine...”(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Dolayısıyla bu suç tipinde “bildirmeme” veya “gecikme gösterme” ile yasaya aykırı eylem ortaya çıkmaktadır. Hukuka aykırı fiilin icra hareketlerine başlanmasından itibaren failin bu durumu yetkili makamlara bildirmesi gerekmektedir²⁹⁴. Suçun bildirilmesi şekli önemli olmayıp her şekilde bildirilmesi mümkündür²⁹⁵. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere üçüncü kişinin ihbarı ile veya yetkili makamların suç hakkında bilgi sahibi olmaları durumunda failin cezai sorumluluğundan bahsedilemez. Failden yani sağlık mensubundan tıbbi müdahale etmeden suçu ihbar etmesi hemen beklenmeyeceğinden kanun metninde “gecikme göstermek” şeklinde ibare eklenerek makul bir sürede ihbarda bulunmaları istenmiştir. Dolayısıyla hastaya tıbbi müdahale yapılması gereken durumlarda bu yükümlülük bildirim yükümlülüğüne göre daha öncelikli olup müdahale yapıldıktan sonra gecikmeye mahal vermeyecek şekilde makul bir sürede suçu bildirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekmektedir²⁹⁶. Suçu bildirme süresinde gecikme olup olmadığı kararı hakimın takdirine bağlı olmaktadır. Makul süre bakımından CMK madde 159 ile istisna getirilmiş olup buna göre *“bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde; kolluk görevlisi, köy muhtarı ya da sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler, durumu derhal Cumhuriyet Başsavcılığı’na bildirmekle yükümlüdürler”*. Yani ölüm olayının gerçekleştiği durumlarda herhangi bir tıbbi müdahaleden söz edilemeyeceğinden sağlık personelinin bu durumu yetkili makamlara derhal bildirmesi gerekmektedir.

Suç ihbarının yapılması için suç yönünde belirti olması yeterli olup delilin olmasına veya çok sayıda belirtinin olmasına gerek yoktur²⁹⁷. Yargıtay tarafından verilen karara göre hastanın yaralı halde hastaneye gelmesi ve kendi kendisine yaraladığı doğrultusunda beyanda bulunduğu dikkate alındığında hekimin şüphelenmemesi, bununla beraber aleyhe başka deliller olmadığına göre bu beyanlara itibar edilerek hüküm kurulması gerekmektedir²⁹⁸.

²⁹⁴ Erdem, M.Ruhan, “Suçu Bildirmeme Suçu”, TBB Dergisi, 2009 (80), s. 112.

²⁹⁵ Şatır, s. 491.

²⁹⁶ Kolcu, s. 202.

²⁹⁷ Kolcu, s. 204.

²⁹⁸ Y. 9. CD. T. 29/05/2014, E. 2013/16509, K.2014/6524 *“...Katılandaki yaralanmanın mahiyetinin dosya içinde bulunan epikriz formuyla uyumlu olması katılanın hastaneye müracaat ettiğinde kendi kendisini yaraladığına dair anlatımı karşısında başkaları tarafından taksirle*

Sonuç olarak bu suçun ortaya çıkabilmesi için sağlık mensubunun görevini yaptığı zaman bir suçun işlenmiş olabileceğine dair bir olgu ile karşılaşması ve buna rağmen durumu yetkili makamlara bildirmemesi veya geç bildirmesi gerekmektedir.

4.10.2.4 Manevi Unsur

Bu suç kasten işlenebilen bir suç olup taksirle işlenebilmesi mümkün değildir²⁹⁹. Suçun meydana gelebilmesi için genel kast yeterli olup özel kastın varlığı şart değildir³⁰⁰. Yani bu suç tipinde faile kanun ile yüklenen olan bir yükümlülük var olmakta ve fail bu yükümlülüğe aykırı davranarak neticenin meydana gelmesine sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla bu suç bakımından failin cezalandırılabilmesi için suçun bilerek ve istenerek işlenmesi gerekmektedir. Aksi durumda failin cezai sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün olmaz. Bu hususta kesin ve yeterli delilin olmaması durumunda failin cezalandırılması imkanı bulunmamaktadır³⁰¹.

Bazı durumlarda ise failin yanılması mümkün olabilir ki o halde kast ortadan kalkacağından failin sorumluluğu söz konusu olmaz. Sağlık mensubu iz, yara görmesine rağmen bunun suç belirtisi olduğu hususunda yanılığa düşebilir. Aynı şekilde failin kendisi veya yakınları bakımından ihbarda bulunması gerekmediği Anayasa ile güvence altına alınmış ve fail suç işleyeninin yakını olduğundan yakınlık derecesinde hataya düşerek suçu ihbar etmemiş olabilir. Bunlarla beraber sağlık mensubunun tehdit, cebire maruz

yaralanmış olabileceğinden şüphelenmediğine ilişkin sanığın savunmasının aksine görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaştığı ve buna rağmen durumu yetkili makamlara bildirmediği yönünde yüklenen suçtan mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...”(sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

²⁹⁹ Y. 4. CD. T. 17/12/2012, E.2012/13441, K.2012/30482 “...Suçu bildirmeme suçunun kasıtlı işlenebileceği, sanığın nöbetçi doktor olmayıp diğer doktor törende olduğu için üzerine süt dökülmesi nedeniyle getirilen mağdura müdahale ettiği, nöbetçi doktor olmadığı ve iş yoğunluğu nedeniyle olayı kolluğa bildiremediğini savunması ve bu savunmasının aksinin ispat edilememesi karşısında, yetersiz gerekçe ile sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesi...”(sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

³⁰⁰ Kolcu, s. 218.

³⁰¹ Y. 9. CD. T.20/01/2014, E.2013/11235, K.2014/745 “...Yenice ilçesinde evinin balkonundan düşmesi sonucu yaralanması nedeniyle Edremit Devlet Hastanesi acil servisine adli vaka olarak giriş yapıp daha sonra Nöroloji bölümüne Dr. N.F.’in hastası olarak yatırılan ve sanığın nöbetçi hekim olarak görev yaptığı gün ölen Rıza İpek’in ölüm nedeninin adli vaka olduğunu bilebilecek durumda olmayıp sınırlı bilgi ile ölüm belgesini düzenlediğinin tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında sanığın görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaştığı ve buna rağmen durumu yetkili makamlara bildirmediği yönünde mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...”(sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

kalması nedeniyle ihbarda bulunamama durumları da olabilir ki bu halde de failin kastı olmadığından herhangi bir sorumluluğu bulunmaz. Ancak bunun aksine ihbarda bulunmamaya mağdurun rızasının olduğunun beyan edildiği durumlarda bu gerekçe kabul edilemez. Çünkü yukarıda da açıklandığı üzere bu suç devlete karşı işlenen bir suç olup bu şekilde rızanın olması eylemin hukuka aykırılığını etkilemez³⁰².

4.10.2.5 Netice

Suçu hiç veya zamanında bildirmeme ile bu suçun neticesi gerçekleşmiş olur. Yani bu suçun gerçekleşmesi için zararın ortaya çıkması aranmamaktadır³⁰³. Dolayısıyla ihmali davranışla icrai nitelikte olan yükümlülüğe aykırı davranılması ile suç tamamlanmış sayılır. Bu suçta teşebbüs mümkün olmamaktadır³⁰⁴. Zira makul bir süre içerisinde bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiş olup bu sürenin geçmesi ile suç tamamlanmış kabul edildiğinden bu suçta teşebbüsün mümkün olmadığı aşikârdır.

4.10.2.6 Nedensellik Bağı

Bu suç bakımından failin görevi ile ihbara konu suç arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere failin yani sağlık personelinin görevi gereği öğrenmediği bilgiler bu suç kapsamında değerlendirilemez. Kanununun 279. ve 280. maddelerinde de “göreviyle bağlantılı olarak; görevini yaptığı sırada” ifadeleri kullanılarak bu hususa açıklık getirilmiştir. Dolayısıyla görevi ile ilgili olmayan bir suçta tanık olduğu zaman kanununun 279 ve 280. maddeleri değil de madde 278 uygulama alanı bulacaktır.

4.10.3 Suçun Özel Görünüş Biçimleri

4.10.3.1 Teşebbüs

Suçu bildirme için makul bir süre verilmesi ve bu sürenin geçmesi ile suç tamamlanmış olacağından bu suçta teşebbüs mümkün değildir.

³⁰² Zafer, s. 1346.

³⁰³ Kolcu, s. 223.

³⁰⁴ Kolcu, s. 106.

4.10.3.2 İçtima

Birden fazla suçun yetkili makamlara bildirilmemesi halinde aynı suç işleme kararının söz konusu olduğu sonucuna varılırsa bu durumda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür³⁰⁵.

4.10.3.3 İştirak

Birden fazla kişinin bildirme yükümlülüğü olduğu durumlarda ilgili kişiler suça iştirak eden olarak kabul edilmezler³⁰⁶. Daha önce de ifade edildiği üzere ilgili kişilerden birinin bildirimde bulunması ile diğer kişilerin de sorumlulukları ortadan kalmış oluyor.

4.10.4 Sır Saklama Yükümlülüğü ve Suçu Bildirmeme Arasında İlişki

Hekimlerin hastalara ait sırları saklamakla yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde kişisel verilerin açıklanması suçunun unsurları ortaya çıkar. Bu hususta hekimlerin sır saklama yükümlülüğü ile suçu bildirme yükümlülüğü arasında çelişki olduğu aşikârdır. Bu gibi durumlarda kanun koyucu bildirim yükümlülüğünü daha üstün tutmuş ve bildirim yükümlülüğü sebebiyle sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilebileceği kabul edilmiştir³⁰⁷. Hekimlerin sır saklama yükümlülüğüne dayanarak hastayı ilgilendiren bir durum ile ilgili tanıklık çekinebilme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla hekim öğrendiği suçu bildirmekle yükümlü olmakla beraber bu konuda tanıklık yapmak istememesi halinde tanıklıktan çekinme hakkını kullanabilecektir³⁰⁸. Sır saklama yükümlülüğü ile ilgili yukarıda ayrıntılı olarak açıklama yapıldığından o husus ile ilgili bu başlık altında ayrıntılı açıklama yapılmayacaktır.

4.11 İnsan Üzerinde Deney

4.11.1 Genel Olarak

Tıp hukukunun en önemli amaçlarından biri kişinin hayat ve sağlık hakkını, vücut dokunulmazlığını korumadır. Tüm bunlardan dolayı TCK madde 90 ile insan üzerinde deney yapılması yasaklanmış ve kişinin vücut dokunulmazlığının, sağlığının korunması

³⁰⁵ Tezcan, vd., s. 1111.

³⁰⁶ Tezcan, vd., s. 1111.

³⁰⁷ Kolcu, s. 222.

³⁰⁸ Kolcu, s. 222.

amaçlanmıştır. Vücut bütünlüğü, yani hayat hakkı kişinin doğuştan sahip olduğu kendisine sıkı sıkıya bağlı hak olarak kabul edilmektedir.

TCK'nın 90.maddesinin 1.fikrasına göre “İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”. Daha sonra kanunun 90.maddesinin 2.fikrasında ise hangi durumlarda failin cezai sorumluluğunun olmayacağı düzenlenmiştir³⁰⁹. Dolayısıyla bu fıkra düzenlenen şartların oluşması halinde failin cezai sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün olmaz. Maddenin üçüncü fıkrasında ise çocuklar üzerinde bilimsel deneyin şartları açıklanmış olup failin cezai sorumluluğunun oluşmaması için ikinci fıkra düzenlenen şartlar ile birlikte üçüncü fıkra düzenlenen şartların da bulunması gerektiği belirtilmiştir³¹⁰. Kanun maddesinin dördüncü fıkrasında ise konumuz ile ilgili olan hasta olan insan üzerinde rızası olmaksızın denemede bulunulması halinde cezai sorumluluk ve bilinen tıbbi müdahalelerin sonuç vermeyeceği anlaşıldığı durumlarda hasta üzerinde yapılan rızaya dayalı olan tedavi amaçlı denemenin suç oluşturmayacağı hususları düzenlenmiştir³¹¹. Fakat kanun koyucu bu denemenin yasal olabilmesi için hastanın ayrıntılı olarak bilgilendirilmesini, yazılı rızanın bulunmasını ve uzman hekim tarafından hastane ortamında yapılmasını şartlarının varlığını zorunlu olarak kabul etmiştir³¹². Bu husus 1982 Anayasası ile de düzenlenmiş

³⁰⁹ TCK. Md. 90/2 “...İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için; a) Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması, b) Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması, c) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, d) Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, e) Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması, f) Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması, g) Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması gerekir...”

³¹⁰ TCK. Md. 90/3 “...Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkra aranacak koşulların yanı sıra; a) Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, b) Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması, c) Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması gerekir...”

³¹¹ TCK. Md. 90/4 “...Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir...”

³¹² Y. 12. CD. T.02/07/2012, E.2012/13207, K.2012/16578 (sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

olup bu düzenlemeye göre tıbbi zorunluluk ve kanunda düzenlenmiş olan haller haricinde kişinin vücut bütünlüğüne dokunulması, rızası bulunmadan deney yapılması mümkün değildir³¹³. Kanunun söz konusu maddesinden de anlaşılacağı üzere TCK'da düzenlenen şartların uygulanması halinde insan vücuduna yapılan müdahale hukuka uygun olarak kabul edilebilecektir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 11.maddesinde de bu konu ile ilgili düzenleme yapılmış ve insan üzerinde deney yapılması yasaklanmakla beraber tedavi maksadı ile yapılan denemeler yasal olarak kabul edilmiştir³¹⁴. TDN'nin 11.maddesinde hastanın rızadan bahsedilmemiş olup TCK'nın 90.maddesi ve TDN tüzüğü'nün 11.maddesi arasında çelişki ortaya çıkmaktadır. Kanunların tüzükten daha üstün olması nedeniyle bu gibi durumlarda TCK'nın 90.maddesinin esas alınması gerekmektedir. Aynı şekilde Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda da bu konuyla ilgili düzenlemelere yer verilmiş olup bazı şartların³¹⁵ gerçekleşmesi halinde bilimsel

³¹³ AY. Md. 17/2 “... Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz...”

³¹⁴ TDN. Md. 11 “Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılamıyacağı gibi aynı maksatla kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez. Klâsik medotların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya lâboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde daha önce, mütat tecrübe hayvanları üzerinde kâfi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmuş olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedaviinin tatbik edilebilmesi için, hastaya faydalı olacağı ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mütat tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağı muhtemel bulunması şarttır. Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir...”

³¹⁵ SHTK. Ek Md. 10/1 “Herhangi bir tedavi yöntemi veya araçlarının veyahut ruhsat veya izin alınmış olsa dahi ilaç ve terkiplerinin, tıbbi ve biyolojik ürünler, bitkisel ürünler, kozmetik ürünler ve hammaddeleri ile tıbbi cihazların bilimsel araştırma amacıyla insanlar üzerinde kullanılabilmesi için Sağlık Bakanlığı veya bağlı kuruluşlarından izin alınmasının yanında; a) Araştırmanın, öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması, b) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, c) Araştırmanın, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, ç) Araştırma sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması, d) Araştırmayla varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması, e) Üzerinde araştırma yapılacak ilgilinin, araştırmanın mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı rızasının olması ve bu rızanın herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması, f) Yapılacak araştırmayı ilgili etik kurulun uygun görmesi, şarttır. Belirtilen araştırmalar, üzerinde araştırma yapılacak kimselerin emniyetini sağlamaya ve araştırmanın sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesine, takibine ve gereğinde acil müdahale yapılabilmesine elverişli ve araştırmanın vasfına uygun personel, teçhizat ve laboratuvar imkânlarına sahip olan üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezleri, üniversitelere bağlı onaylanmış araştırma-geliştirme merkezleri, Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi ve Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastaneleri tarafından yapılabilir. (Ek cümle: 2/1/2014-6514/45 md.) Bu merkezler ve hastanelerde yapılan klinik araştırmalara, gereğinde bu merkezlerin ve hastanelerin koordinatörlüğünde veya idari sorumluluğunda olmak kaydıyla, belirtilen nitelikleri haiz diğer sağlık kurum ve kuruluşları da dâhil edilebilir. Bu araştırmalarda, bireyin hakları ve sağlığının korunması herşeyin üstünde tutulur. Üzerinde araştırma yapılacak veya yapılan gönüllü, muvafakatini araştırmanın her aşamasında ve hiçbir şarta bağlı olmaksızın geri alabilir...”

deneilerin yapılabilmesine izin verilmiştir³¹⁶. Belirlenen şartların ortadan kalkması halinde işlemin sonlandırılması gerektiği konusunda da düzenleme yapılarak;

“...Sağlık Bakanlığı, araştırmanın yürütülmesi sırasında araştırmaya izin verilirken mevcut şartlardan birinin ortadan kalktığını tespit ederse klinik araştırmayı derhal durdurur. Bu şartların belirlenen süre içerisinde yerine getirilmemesi veya yerine getirilmesinin mümkün olmadığına anlaşılması veyahut gönüllü sağlığının tehlikeye girmesi hallerinde doğrudan araştırma sonlandırılır...”

ifadelerine yer verilmiştir.

4.11.2 Suçun Unsurları

4.11.2.1 Fail

Deney ve deneme eylemleri bakımından bu suçun faili konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Şöyle ki deney konusunda bazı yazarlar tarafından bu suçun failinin sadece bu deneyi yapmaya yetkili olan tıp ile ilgili bir kimsenin olabileceği savunulurken bazı yazarlara göre ise failin hekim olup olmadığı fark etmeksizin herkes bu suçun faili olabilir³¹⁷. Ancak bilimsel deney sadece tıp alanı ile ilgilenen ve deney yapma yetkisi olan kişiler tarafından gerçekleştirilmediğinden bu suçun failinin herkes olabilmesi mümkün olup bu hususta önemli olan yapılan deneyin bilimsel bir amaç ile yapılmasıdır³¹⁸. Dolayısıyla deney suçu bakımından failin hekim olma veya bilimsel deney yapmaya yetkili biri olma şartı bulunmamaktadır. Deneme suçu ise TCK'nın 90. maddesinin 4.fıkrasında düzenlenmiştir. Deneme suçu bakımından da ilgili madde fıkrasında bu eylemin belli şartlar dahilinde sadece uzman hekim tarafından yapılması halinde hukuka uygun olabileceği hususuna değinilerek bu suçun özgü suç olduğu, sadece

³¹⁶ SHTK. Md. 3/1-k “...Koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici hizmetlerde kullanılan ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddelerin üretiminin ve kalitesinin teşvik ve temini esas olup, her türlü müstahzar, terkip, madde, malzeme, farmakope mamülleri, kozmetikler ve bunların üretiminde kullanılan ham ve yardımcı maddelerin ithal, ihraç, üretim, dağıtım ve tüketiminin, amaç dışı kullanılmak suretiyle fizik ve psişik bağımlılık yapan veya yapma ihtimali bulunan madde, ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddeler ile diğer terkiplerin kontrolüne, murakabesine ve bunların yurt içinde ve yurt dışında ücret karşılığı kalite kontrollerini yaptırmaya, özel mevzuata göre ruhsatlandırma, izin ve fiyat verme işlerini yürütmeye Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı yetkilidir. Özel mevzuatına göre izin veya ruhsat alınmamış ilaç ve terkiplerin üretimi, ithali, satışı ile ruhsat veya izin alınmış dahi olsa ilaç ve terkiplerin bilimsel araştırma amacıyla Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ve ilgili kişinin rızası olmadan insan üzerinde kullanımı yasaktır...”

³¹⁷ Bayındır, Sinan, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, MÜHF - HAD, 2018/24, (1), s. 89.

³¹⁸ Bayındır, s. 89.

tıp ile ilgili kişiler tarafından işlenebileceği hususu açıklanmaya çalışılmıştır³¹⁹. Ancak kanun maddesinde suçun sadece hekimler veya diğer sağlık ile ilgilenen bilim insanları tarafından işlenebileceği doğrultusunda bir düzenleme bulunmamakta olup sadece belli şartlar ile birlikte uzman hekim tarafından yapıldığı takdirde yasaya uygun olabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda da suçun failinin gerek sağlık mensubu gerekse de başka kişiler olabileceği anlaşılmaktadır. Nitekim Yargıtay tarafından verilmiş olan bir kararda da kimyager, yani tıbbi müdahale uzmanlığı olmayan bir kişinin gerçekleştirdiği eylemi TCK'nın 90/4 maddesi kapsamında değerlendirmiştir³²⁰. Ayrıca bu suç bakımından korunan hukuki değer de insan sağlığı, vücut bütünlüğü olduğundan failin sadece hekim veya tıp alanı ile ilgili bilim insanı olabileceğini kabul etmek kanun maddesinin amacı ile bağdaşmaz. Tüm bunlarla beraber failin gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabileceği hususu da kanunun ilgili maddesinde düzenlenmiştir³²¹.

4.11.2.2 Mağdur

Bu suçun mağduru yaşayan herkes olabilir. Dolayısıyla suçun mağduru sadece gerçek kişi olabilmekte ve aksine görüşler³²² olmakla beraber sağ ve tam doğum şartıyla ceninin dahi deney suçun mağduru olabilmesi mümkündür³²³. Mağdurun 18 yaşından küçük olması halinde kanun maddesinin 3.fıkrası, büyük olması halinde ise 2.fıkrası uygulama alanı bulur. Ölümü gerçekleşmiş olan birinin bu suçun mağduru olabilmesi mümkün değildir³²⁴. Deneme suçunun mağduru ise rızası bulunmaksızın üzerinde tedavi amaçlı eylemler gerçekleştirilen kişidir. Kanun koyucuya göre bu suçun mağduru sadece hasta bir insan olabilmektedir.

4.11.2.3 Fiil

Deney suçu bakımından suçun fiili yaşayan insan üzerinde deney yapılması olarak kabul edilmektedir. Fakat bu fiilin suça konu olabilmesi için yapılan deneyin bilimsel

³¹⁹ Bayındır, s. 90.

³²⁰ Y. 12. CD. T.07/12/2015, E.2015/1045, K.2015/19014 (sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

³²¹ TCK. Md. 90/6 “...Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur...”

³²² Güven, Gülşah, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 90. Maddesi İle Düzenlenen İnsan Üzerinde Deney suçu ve Rıza”, İBD, 2016/90 (4) ,s. 224.

³²³ Şatır, s. 409.

³²⁴ Bayındır, s. 91.

amaçlı olması gerekmektedir³²⁵. Yukarıda da ifade edildiği üzere ölü üzerinde veya insan vücudundan ayrılmış bir organ üzerinde deney yapılması halinde söz konusu suçun unsurları oluşmamış olacaktır. Fiilin deney amaçlı olmadan gerçekleşmesi halinde ise öldürme veya yaralama suçlarına ilişkin hükümler uygulanır³²⁶. Deneme suçu bakımından ise suçun fiili hasta üzerinde tedavi amaçlı denemelerde bulunmaktır³²⁷. Bu fiil ile amaçlanan sonuç ise hasta olan birinin hastalığını aradan kaldırmak yani iyileştirmektir. Dolayısıyla şu şekilde bir ayırım yapmak mümkündür; deney sağlıklı bir insan üzerinde, deneme ise hasta bir insan üzerinde tedaviye yönelik olarak gerçekleştirilebilen fiillerdir³²⁸.

4.11.2.4 Manevi Unsur

Gerek deney amaçlı gerekse de deneme amaçlı yapılan fiiller sadece kasta dayalı olduğu zaman cezalandırılabilir. Yani deney suçunun unsurlarının oluştuğunun kabulü için failin bilimsel araştırma ile hareket ettiği zaman bu eyleme mağdurun rızasının olmadığını bilmesi gerekmektedir. Deneme suçu bakımından ise zaten fail belli bir amaçla hareket ettiği için kastının olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu suç tipinin taksir ile işlenmesi mümkün değildir. Aynı zamanda deneme suçunda failin belli bir amacı olduğundan suçun olası kastla işlenebilmesi imkânsızdır. Fakat kanun maddesinde belirtilen şartlara uyulmadan hekim tarafından deney amaçlı eyleme başlanmış olup ve bu eylem neticesinde olumsuz sonucun ortaya çıkabilme olasılığının hekim tarafından bilebilecek durumda olmasına rağmen yine de eylemine devam ettiği için suçun olası kastla işlenmiş olduğu kabul edilecektir³²⁹. Yanılma veya hatanın söz konusu olduğu durumlarda failin kastından bahsedilemeyeceğinden failin cezai sorumluluğunun olmadığı kabul edilir³³⁰.

³²⁵ Bayındır, s. 94.

³²⁶ Bayındır, s. 95; Alan, Esra, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İnsan Üzerinde Deney Suçu”, Yüksek Lisans Tezi, 2008, s. 49.

³²⁷ Bayındır, s. 96.

³²⁸ Hakeri, 2016, s. 469.

³²⁹ Bayındır, s. 99; Alan, s. 67.

³³⁰ Yüksel, Hilal, “Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2015, s. 51.

4.11.2.5 Netice

Deneyin insan üzerinde yapılması ile suç tamamlanmış olup ortaya farklı bir neticenin çıkması aranmamaktadır. Yani üzerinde deney yapılan kişinin sağlığının bozulması, ölmesi vb. durumlar aranmamaktadır. Fakat kanunun 90/5 maddesinde de düzenlendiği üzere yapılan deney sonucunda kişinin yaralanmasına veya ölümüne neden olduğu hallerde o suçlara ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir³³¹.

Deneme suç tipi bakımından da deneme fiilin gerçekleştirilmesi anında netice meydana gelmekte olup suç tamamlanmış sayılır. Deney suç tipinde olduğu gibi burada da neticenin gerçekleştiğinin kabulü için hastanın yaralanması, ölmesi, sağlığının bozulması şart değildir. Fakat kanun maddesinin 5.fıkrasının sadece 1.fıkraya uygulanabileceği kanunda açık bir şekilde düzenlendiğinden yapılan deneme sonucunda ölüm veya yaralanmanın meydana gelmesi halinde TCK'nın 90/5 maddesi uygulanamaz.

4.12 Organ ve Doku Ticareti Suçu

4.12.1 Genel Olarak

Organ ve doku ticareti suçu TCK'nın 91 ve 93. maddeleri ile düzenlenmiş olup içerisinde üç ayrı suç tipi bulunmaktadır. Bunlar; “yaşayan kişiden rızası dışında organ ve doku alınması”, “ölüden yasaya aykırı şekilde organ ve doku alınması” ve “organ ve doku ticareti yapılması”dır.

Organ ve doku, 2283 sayılı Kanun'a göre “ *insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarıdır*”. Organ vücutta belirli bir görevi yapan kısım olarak, doku ise insan vücudunda olan lifler ve hücrelerden birleşimi ile bir araya gelen bağlantının tümü olarak kabul edilmektedir³³².

Bu suçun içerisinde üç ayrı suç tipinin bulunduğundan korunan hukuki değer de farklılık arz etmektedir. Şöyle ki yaşayan kişiden rızası haricinde organ ve doku alınması suçu ile insanın vücut bütünlüğünün ve yaşama hakkının korunması amaçlanmıştır³³³.

³³¹ TCK. Md. 90/5 “...Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır...”

³³² Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları” ,s. 114.
<<http://dspace.marmara.edu.tr/bitstream/handle/11424/2170/5000001567-5000000664-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> (18/06/2019)

³³³ Şatır, s. 400.

Yani bu suç tipi ile insanın sağlıklı yaşama hakkı ve aynı zamanda vücut bütünlüğünün korunması amaçlanmıştır. Bu hususta Devletin de bireylerini koruma yükümlülüğü olup insanların huzur ve güven içinde yaşamalarını sağlamak zorunluluğu mevcuttur³³⁴. Ölü birinden hukuka aykırı şekilde organ ve doku ticareti alınması suçu ile korunan hukuki değer ise ölünün hatırasına karşı olması gerek saygıdır. Bunun ihlal edilmesi durumunda failin cezai sorumluluğu ortaya çıkar. Organ ve doku ticareti suçu ile ise kamu sağlığı ve toplumun barış içerisinde yaşamasını temin etmek amaçlanmıştır³³⁵.

Dolayısıyla kanun maddesinin birinci fıkrasında geçerli rıza olmaksızın yaşayan kişiden organ veya doku alınması, ikinci fıkrasında ölüden organ veya doku alınması, üçüncü fıkrasında alınmış olan organ ve dokuların alışı satışı yani ticareti, dördüncü fıkrada bu suçun örgüt halinde işlenmesi, beşinci fıkrada hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, aşılması, nakledilmesi, altıncı fıkrada organ veya dokunun temini ile ilgili ilan verilmesi halleri düzenlenmiştir.

4.12.2 Suçun Unsurları

4.12.2.1 Fail

Gerek yaşayan kişiden rızası dışında organ ve doku ticareti alınması gerek ölüden yasaya aykırı şekilde organ ve doku alınması gerekse de organ ve doku ticareti suçunun faili herkes olabilir³³⁶. Yani hem hekimler hem diğer sağlık mensupları bu suçun faili olabilirler. Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde her biri bu suçtan dolayı ayrı ayrı sorumlu olacaklardır. Uzman olmayan hekimlerin organ veya doku almaları yasak olup bunun aksinin söz konusu olduğu durumlarda cezalandırılmaları yoluna gidilmektedir³³⁷.

Fakat TCK'nın 92.maddesine göre organ ve dokularını satan kişinin içerisinde bulunduğu ekonomik durum dikkate alınarak hakkında verilen cezanın azaltılması veya ceza verilmekten vazgeçilmesi mümkündür. Sağ olan kişinin organ veya dokusunun alınması sebebiyle ölmesi durumunda fail kasten adam öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır.

³³⁴ Gökçen, Balcı, s. 115.

³³⁵ Gökçen, Balcı, s. 115.

³³⁶ Şatır, s. 401.

³³⁷ Gökçen, Balcı, s. 117.

4.12.2.2 Mağdur

Bu suçun mağduru ise suç tipine göre farklılık göstermektedir. Şöyle ki kanun maddesinden de anlaşıldığı üzere yaşayan kişiden rızası dışında organ ve doku alınması ve organ ve doku ticareti yapma suçlarının mağduru canlı olan yaşayan kişi olabilir³³⁸. Aynı zamanda sağ olarak doğan ceninin de bu suçun mağduru olabilmesi mümkündür³³⁹. Yani beyin ölümünün gerçekleştiği ana kadar kişiden organ veya doku alınması halinde yaşayan kişiden alınan organ ve dokunun söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Ölümün gerçekleşmesi ile ise ölünün yakınları bu suçun mağduru olarak kabul edilmektedirler³⁴⁰. Mağdur gerçek ve tüzel kişi olabileceğinden ölüm anının gerçekleşmesinden sonra organ ve dokusu alınan kişinin mağdur olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir³⁴¹.

4.12.2.3 Fiil

Bu suçun fiili organ ve dokunun alınması, satılması ve ticaretidir³⁴². Suçun fiili icrai hareketle gerçekleştirilebileceği gibi ihmali hareketle de gerçekleştirilebilir³⁴³. Yani hekim organ ve dokunun hukuka aykırı olarak alındığını bilip de buna göz yumduğu takdirde ihmali olarak buna sebebiyet vermektedir.

Suçun oluşabilmesi için mağdurun zarar görmesi veya ölmesine gerek yoktur. Ölüden yasaya aykırı şekilde organ ve doku alınmasının fiili ölüye ait olan organ veya dokunun vücudundan ayrılarak alınmasıdır. Organ ve doku ticaretinin fiilleri ise organ veya dokunun satılması, satın alınması veya bu satışa aracılık edilmesidir³⁴⁴. Satma fiili bakımından organ ve dokunun satılması ile fiil gerçekleşmiş olur. Kanun maddesinden anlaşıldığı üzere bedelsiz olarak organın verilmesi halinde suç oluşmaz. Zira kanun maddesinde organ veya dokunun para veya başka maddi menfaat karşılığında verilmesi halinde suçun oluşacağı düzenlenmiştir.

Satın alma fiili ise organ veya dokunun belli bir bedel karşılığında başkasından alınması şeklinde kabul edilmektedir. Dolayısıyla yine para veya başka menfaatin

³³⁸ Şatır, s. 401.

³³⁹ Şatır, s. 401.

³⁴⁰ Gökce, Balcı, s. 136.

³⁴¹ Aydın, Ç.Kan, "Organ veya Doku Ticareti Suçu", ABD, T.2011, (1), s. 148.

³⁴² Aydın, Ç.Kan, s. 148.

³⁴³ Aydın, Ç.Kan, s. 149.

³⁴⁴ Şatır, s. 401.

olmadığı hallerde fiil gerçekleşmiş sayılmaz ve organ ve doku ticareti suçunun oluşmadığı kabul edilir.

Bu fiiller gerek TCK ile gerekse de 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Kanunu³⁴⁵, Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği³⁴⁶, Avrupa Biyotip Sözleşmesi³⁴⁷ ile düzenlenmiştir. Avrupa Biyotip Sözleşmesi ile sözleşmenin 20.maddesinin 2.bendi ile reşit olmayan ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınmasını olanaklı kılınmıştır. Fakat Türkiye bu maddeye çekince koyduğundan sözleşmenin bu maddesi Türk Hukuku bakımından geçerli değildir³⁴⁸. Aynı zamanda Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 5.maddesine ile bu husus açık bir şekilde düzenlenmiştir. Kanun maddesine göre on sekiz yaşından küçük olan ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması mümkün değildir.

³⁴⁵ ODNK Md. 2 “Bu kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. Oto-greftler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir”.

³⁴⁶ Md.1 “ Bu yönetmeliğin amacı, tedavi doku veya organ nakli ile mümkün olan hastaların hayatîyetini sürdürmek için nakilleri gerçekleştirilecek organ ve doku nakli merkezlerinin, organ ve doku kaynağı merkezlerinin ve doku toplama ünitelerinin açılması, çalışması ve denetimi ile bunların bağlı olduğu kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşların uymak zorunda oldukları usul ve esasları düzenlemek, organ ve doku nakli hizmetlerinin yürütülmesinde uyulması gereken esasları belirlemektir.”

³⁴⁷ Md.19- Genel Kural “ Yaşayan bir kimseden nakil amaçlarıyla organ veya doku alınması sadece alıcının tedaviye ilişkin istifadesi için ve ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunmadığı ve karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yönteminin olmadığı durumlarda gerçekleştirilebilir.

Gerekli muvafakat, Madde 5’te öngörüldüğü üzere, açıkça ve belirli bir şekilde, yazılı olarak veya resmi bir makam önünde verilmiş olmalıdır.”

Md.20- “Organ alınmasına muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması “5.maddeye göre muvafakatını açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınmaz.

İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden rejeneratif dokuların alınmasına aşağıdaki şartların gerçekleşmesi koşuluyla izin verilebilir:

- Muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması,
- Alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması,
- Bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması,
- 6’ncı Maddenin 2’nci ve 3’üncü paragraflarında şart koşulan yetkinin, kanuna uygun olarak ve yetkili kurum tarafından onaylanarak, özel olarak ve yazılı şekilde verilmiş olması,
- Muhtemel vericinin itirazda bulunmaması.”

³⁴⁸ Şatır, s. 402.

4.12.2.4 Manevi Unsur

Bu suç kastla işlenebilen suçtur. Yaşayan kişiden rızası olmadan organ ve dokunun alınması suç tipinde failin yani konumuz bakımından hekimin bu organ ve dokunun alınmasının hukuka aykırı olduğunu, geçerli bir rızanın olmadığını bilmesi ve buna rağmen organ ve dokuyu alması gerekmektedir. Eğer fail hukuka uygun olan rızanın olduğunu düşünerek yanılıya düşerse bu durumda hataya ilişkin kuralların uygulanması gerekmektedir³⁴⁹. Aynı şekilde ölüden organ ve doku alınması durumunda da aynı kurallar geçerli olup failin cezalandırılabilmesi için failin kasıtlı olarak hareket etmesi gerekmektedir. Organ ve doku ticareti suçu bakımından da suçun taksirli hali cezalandırılmamakta, cezalandırılabilme hususunda failin kastı aranmaktadır.

4.12.2.5 Netice

Organ ve dokunun yaşayan bir insanın vücudundan ayrılıp alınması ile maddenin 1.fikrasında düzenlenen suçun tamamlanmaktadır. Organ alınmadan hekimin yakalanması durumunda suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir³⁵⁰. Dolayısıyla bu suça teşebbüs mümkündür. Organ veya dokuyu alma eylemi ameliyat yolu ile gerçekleşmeli olup aksi durumunda organın ve dokunun alınması suçu değil de kasten yaralama suçunun unsurları oluşur³⁵¹. Yaşayan insandan organ ve dokunun alınması neticenin oluşması için yeterli olup organın başka yere götürülmesi veya kullanılması şart değildir. Yukarıda açıklandığı üzere hayvanlar Türk hukuk sistemine göre mal olarak değerlendirildiğinden hayvandan organ ve doku alınması durumunda bu suçun değil de mala zarar verme suçunun unsurları oluşacaktır. Hayvanlar bakımından açıkladığımız hususlar bu suç tipi bakımından da geçerli olup ölü hayvanın organ veya dokusunun alınması halinde hırsızlık suçunun olduğu kabul edilecektir. Bu suçun unsurlarının oluşabilmesi için satış eyleminin gerçekleşmesi gerekir. Bu eylemin gerçekleşmemiş olduğu durumlarda fiil teşebbüs aşamasında kalmıştır. Organ ve doku ticareti suçunun oluşabilmesi için organ veya dokunun satışının belli bir para karşılığında anlaşılması gerekmekte olup aksi takdirde suç unsuru oluşmaz³⁵². Bu hususta organın hukuka aykırı

³⁴⁹ Gökcen, Balcı, s. 119.

³⁵⁰ Gökcen, Balcı, s. 126.

³⁵¹ Gökcen, Balcı, s. 117.

³⁵² Y.12.CD. T.11/03/2014, E.2013/13718, K.2014/6023 “Sanık T. B.’in sanık M. K.’a ait çiftlikte uzun zamandır hayvancılık ve çiftçilik yaptığı, sanık Mehmet’in böbrek hastası olması sebebiyle babası gibi sevdiğini söylediği sanık Mehmet’e böbreğini vermek amacıyla Mehmet’in

şekilde alınıp alınmamasının, paranın ödenip ödenmemesinin bir önemi bulunmamaktadır³⁵³. Fakat TCK'nın 92.maddesine göre organ ve dokularını satan kişinin içerisinde bulunduğu ekonomik durum dikkate alınarak hakkında verilen cezanın azaltılmasına veya ceza verilmekten vazgeçilmesine karar verilmesi mümkündür. Bu durumda suçun neticesi gerçekleşmiş olmakla beraber failin ekonomik durumu göz önünde bulundurularak ceza verilmemesi gündeme gelir. Fakat bu durumda da kişinin ekonomik durumu ayrıntılı bir şekilde araştırılmalı ve failin zorunluluk durumu içerisinde olduğu ve başka bir yolunun olmadığı kanaatine varılması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 10/02/2015 tarihli kararında ekonomik sıkıntı nedeniyle böbrek satılmasını suç olarak kabul etmiştir³⁵⁴.

oğlu sanık Teyfik'in kimliğine kendi fotoğrafını yapıştırarak birlikte Antalya Medikalpark Hastanesine müracaat ederek, Mehmet'in oğlu olduğunu beyanla Mehmet'e böbrek naklinin yapılmasını sağlamaları şeklinde gerçekleşen eylemde, dosya içindeki hiçbir maddi karşılık beklenmeden, hukuka uygun rızaya dayanılarak organ verildiğine ilişkin evraklar ve sanıkların bunu doğrulayan aşama savunmalarının aksine, mahkumiyetlerine yeterli başkaca delil bulunmadığı gözetilerek atılı suçtan beraatleri yerine, yazılı şekilde dosya kapsamına uygun düşmeyen, varsayım dayalı gerekçeyle mahkumiyetlerine hükmedilmesi hukuka aykırıdır...”(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

³⁵³ Y.12.CD. T.10/06/2014, E.2013/17615, K.2014/14203 “...Organ ve doku ticareti yapılmasının suç olarak tanımladığı TCK'nın 91/3.maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, burada önemli olan hususun organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması olup, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapıp yapılmadığının öneminin olmaması, hatta organ veya dokunun alınmasına dahi gerek bulunmaması karşısında, somut olayda yasa maddesinde öngörülen suçun tamamlandığı anlaşılacakla tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir. Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanığın, suç kastıyla hareket etmediğine mahalli Cumhuriyet savcısının ise suçun teşebbüs aşamasında kaldığına ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle...” (sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

³⁵⁴ Y.12.CD. T.10/02/2015, E.2015/1531, K.2015/2378 “...Tüm dosya kapsamına göre; sanık ...'in böbreğinin ... ve ...'e verilmesi konusunda anlaştıkları ancak, çıkan sorunlar sebebiyle nakil gerçekleştirilememekle birlikte sanığın ... ve suça aracılık eden diğer şahıslar ile irtibatının devam etmesi sebebiyle bu defa böbreğini ile bedeli karşılığında vermek konusunda anlaştıkları, Hastanesinde 10.06.2009 tarihinde böbrek nakli ameliyatının ve nakilin gerçekleştirildiği anlaşılacakla, organ veya doku ticareti yapılmasının suç olarak tanımladığı TCK'nın 91/3. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, burada önemli olan hususun organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması olup, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapıp yapılmadığı ile organ veya dokunun naklinin gerekmemesi karşısında, üç ayrı organ ticareti yapma suçunu işlediği anlaşılan sanık hakkında TCK'nın 92. maddesi uyarınca zorunluluk hali gerekçe gösterilerek ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmişse de;

Sanığın savunmalarında belirttiği üzere, bir araba alış-verişi sebebiyle borçlanarak borcunu ödemek için böbreğini satmaya karar verip, diğer köylüleri aracılığıyla tanıştığı organ ticareti yapan sanıklarla irtibata geçerek anlatılan şekilde atılı suçların işlendiği olayda, kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek neden olduğu ekonomik sıkıntısını, hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkânının bulunması, öte yandan kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkânının bulunmaması ve söz konusu

4.13 Çocuk Düşürtme Suçu

4.13.1 Genel Olarak

Çocuk düşürtme suçuna gerek TCK'da gerekse de Nüfus Planlanması Hakkında Kanunda yer verilmiştir. TCK'nın 99.maddesinde rızaya dayalı³⁵⁵ ve rıza olmaksızın³⁵⁶ gerçekleştirilen çocuk düşürtme suçu ve bu suçun yaptırımları düzenlenmiştir. Aynı şekilde NPHK'nun 2.maddesinde de;

“Devlet, nüfus planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır. Nüfus planlaması gebeliği önleyici tedbirlerle sağlanır. Gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz.”

diye düzenleme yapılmıştır. Aynı zamanda kanunun 6.maddesinde evliliğin var olduğu durumlarda eşin rızasının zorunlu olduğu beyan edilmiştir³⁵⁷. Fakat aynı maddenin son fıkrasında ise derhal müdahalenin zorunlu olduğu zamanlarda rızanın alınması mümkün olmadığında izinin şart olmadığı kabul edilmiştir³⁵⁸. Anlaşıldığı üzere bu suç tipi ile de hayat hakkı, vücut dokunulmazlığı, ruh sağlığı hakkının korunması amaçlanmıştır. Dolayısıyla TCK'da düzenlenen ilgili maddenin 1.fıkrasına göre annenin vücut dokunulmazlığı, anne olma hakkı, 2.fıkrasına göre ise çocuğun doğma ve hayat hakları korunmaktadır³⁵⁹. TCK'nın ilgili maddesinde yetkili olmayan kişinin çocuk

eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olması karşısında, TCK'nın 92. maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesine yeterli şartların oluşmadığı gözetilip, atılı suçlardan mahkûmiyeti yerine, yazılı şekilde zorunluluk halinin varlığının kabulüyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi hukuka aykırıdır...”(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

³⁵⁵ TCK. Md. 99/2 “...Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur...”

³⁵⁶ TCK. Md. 99/1 “...Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır...”

³⁵⁷ NPHK. Md. 6/2 “...rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir...”

³⁵⁸ NPHK. Md. 6. son fıkrası “...Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir...”

³⁵⁹ Erdem, D. Özge, “Çocuk Düşürtme Düzenlemesi”, AÜHFD, 2016, 65 (4), s. 1653.

düşürme suçunu işlemesi, cezasızlık halleri düzenlenmiştir ki bu hususlar da suçun faili ve neticesi başlıkları altında incelenmiştir.

4.13.2 Suçun Unsurları

4.13.2.1 Fail

Bu suçun faili hekim ve diğer kişiler olabilir. Dolayısıyla gebe olan kadın haricinde herkesin bu suçun faili olabileceği kabul edilmiştir. Fakat gebe olan kadın maddenin sadece 2.fikrasına göre fail olabilir³⁶⁰. Şöyle ki kanun maddesinde düzenlendiği üzere tıbbi zorunluluk olmadığı ve gebelik süresinin 10 haftayı geçtiği durumlarda çocuğun düşürtülmesine rıza gösteren kadın da cezalandırılır. Bu konuda yetkili olan hekimler ise kanun maddesinin sadece 5.fikrasının söz konusu olduğu durumlarda fail olamazlar. Çünkü madde metnine göre çocuğun yetkili olmayan kişi tarafından düşürtülmesi halinde cezai sorumluluk söz konusu olacaktır. Bu suç bakımından kadın doğum uzmanları veya onların denetimleri altında bu konuda yeterlilik belgesi olan pratisyen hekimler³⁶¹ yetkili hekim olarak kabul edilmiş olup failin onların haricinde kimse olması durumunda verilen cezada artırım yoluna gidilmelidir. Pratisyen hekimler ile ilgili düzenlemenin yapıldığı tüzükte sadece müdahaleyi yapmaya yetkili kişiler değil de müdahalenin nasıl bir ortamda ve hangi araç gereçlerle yapılması gerektiği de düzenlenmiştir³⁶².

Dolayısıyla yetkili olmayan hekim tarafından³⁶³, yetkili hekim olsa dahi rıza olmaksızın çocuğun düşürtülmesi, rıza olsa dahi tıbbi zorunluluk olmadan ve gebelik

³⁶⁰ Can, Sibel, “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”, ABD, 2015,1, s. 85.

³⁶¹ 1983 Tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük Md.3 “...Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik, belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler...”

³⁶² Tüzük Md. 4 “...– On haftayı geçmeyen gebelikte, rahim tahliyesini, a) Kadın hastalıkları ve doğum uzmanları mesleklerini uyguladıkları yerlerde, b) Pratisyen hekimler menstrüel regülasyon yöntemiyle resmi tedavi kurumlarında yaparlar. Anestezi gerektiren tahliyeler ise, anestezi uygulanabilen resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. 2758 On haftayı geçmeyen gebelikte rahim tahliyesinin yapılacağı resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının muayenehanelerinde, Tüzük'e ekli (1) sayılı listede yer alan araç ve gerecin bulunması zorunludur...”

³⁶³ Y. 14. CD. T.10/12/2012, E.2011/5612, K.2012/12703 “...Suç tarihinin 15.07.2007 olmasına karşın gerekçeli karar başlığında 04.05.2007 olarak yazılması ve gebelik süresi 10 haftayı doldurmamış kadının çocuğunu rızasıyla düşürtme suçundan hüküm kurulurken uygulanan kanun maddesinin gösterilmemesi, Sanık S.'in cinsel ilişkide bulunduğu mağdure E.'nin gebeliği on haftayı doldurmadığını bildiği halde çocuğun alınması konusunda yetkili olmayan ebeye götürmek

süresi 10 haftayı geçmiş olduğu hallerde³⁶⁴ bu suçun unsurları oluşmuş olacaktır. Bununla da ikinci fıkranın söz konusu olduğu durumlarda en az iki failin olduğu anlaşılmaktadır.

4.13.2.2 Mağdur

Bu suçun mağduru olarak gebe olan kadın kabul edilmektedir³⁶⁵. Her ne kadar suç ile korunan hukuki değer ceninin hayat hakkı olduğu ifade edilse de sadece kişilik sahibi olanların mağdur olabilmeleri mümkündür. Doktrinde bunun aksi düşünceler var olsa dahi cenin sağ ve tam doğum şartı ile kişilik hakkını kazanabileceğinden cenini mağdur olarak kabul etmemek gerekmektedir³⁶⁶. Kadının yapılan eyleme rızasının olup olmaması fark etmeksizin kadın bu suçun işlendiği hallerde mağdur olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶⁷.

ve ücretini vermek suretiyle çocuk düşürtme suçuna TCK'nın 39/2-c maddesinde öngörüldüğü şekilde yardımda bulunduğu gözetilmeden ve iştirakin nasıl oluştuğu açıklanmadan suçun birlikte işlenmesinin kabulü ile ceza belirlenmesi..."(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

³⁶⁴ Y. 8. CD. T. 05/04/2011, E.2010/14557, K.2011/2772 "...Dosya kapsamına göre, şüpheli hakkında çocuğunu isteyerek düşürdüğüne dair her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiş ise de, şüpheli ile müştekinin evli oldukları, şüpheli S. A.'ın 18.3.2009 tarihinde hamile olduğunun anlaşıldığı ve en son olarak 17.7.2009 tarihinde Bağlar Aile Sağlık Merkezinde yapılan kontrolünde gebeliğin 28. haftasında olduğunun belirlendikten sonra 2009 Ağustos ayından itibaren eşlerin ayrı yaşamaya başladığı, müştekinin doğacak çocuğunun hayatından endişe etmesi üzerine yapılan soruşturma neticesinde fazla kilolu olması sebebiyle evde veya yolda düşük yaptığı yönündeki şüpheli savunmasının tıbben geçerli olamayacağı, 28. haftadan sonra meydana gelen düşük vakasının erken doğum olarak gerçekleşebileceği ve doğan ceninin de erken doğan bebek olarak canlı yada ölü olup olmadığının adli makamlarca değerlendirmesi gerektiği cihetle, çocuk düşürtme suçu ile ilgili delillerin kamu davasının açılmasını gerektirir nitelikte bulunduğu gibi bu delillerin mahkemesince takdir ve değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin, itirazın kabulü ile kamu davasının açılmasına karar verilmesi yerine, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı CMK'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 18.10.2010 gün ve 64105 sayılı kanun yararına bozma istemine atfen Yargıtay C. Başsavcılığının 9.11.2010 gün ve KYB/2010-270481 sayılı ihbarnamesi ile dairemize tevdi kılınmakla incelendi...Oluş ve dosya içeriğinden, şüpheli hakkında çocuk düşürtme suçundan kamu davasını açmayı gerektirir her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı kanıt elde edilemediğinden kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verildiği anlaşılmakla beraber, müşteki ile evli olan şüphelinin 17.7.2009 tarihinde 28 haftalık hamile olduğu, müşteki ile tartışması üzerine evi terk eden şüphelinin sağlık kontrollerine gitmemesi üzerine hamilelik takibini yapan Bağlar Aile Sağlık Merkezi ebisi ile yaptığı telefon görüşmesinde 19.9.2009 tarihinde evde düşük yaptığını söylediği, müştekinin C. Savcılığına yaptığı şikayet üzerine Isparta Devlet Hastanesinde düşük yaptığı ve çocuğu aldıkları şeklinde çelişkili beyanlarda bulunması üzerine yapılan araştırmada ilgili hastaneye herhangi bir müracaatının bulunmadığı anlaşılmakla bu büyüklükte bir gebeliğin düşükle sonuçlanıp sonuçlanmayacağı, erken doğum halinde bebeğin canlı veya ölü olup olmadığı ve delillerin takdir ve münakaşasının mahkemesince değerlendirilmesi gerektiği gözetilerek itirazın kabulü ile kovuşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin kararın kaldırılarak kamu davasının açılmasına karar verilmesi gerekirken red kararı verilmesi..."(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

³⁶⁵ Can, s. 85.

³⁶⁶ Erdem, s. 1653.

³⁶⁷ Can, s. 86.

4.13.2.3 Fiil

Çocuk düşürtme suçu herhangi bir eylem veya araç vasıtasıyla işlenebilir³⁶⁸. Yani bu suçun ortaya çıkabilmesi için kanunda özel olarak bir fiil belirlenmemiştir. Fiilin icrai veya ihmali hareketle gerçekleşmesi mümkündür³⁶⁹. Fiilin önemi olmadığına göre hekimin hastayla ilgilenmemesi halinde de çocuğun düşürülmesi halinde hekim ihmali olarak neticeye sebebiyet vermiş olacaktır³⁷⁰. Fakat bu suçun ortaya çıkabilmesi için kadının gebe olması zorunludur. Anne rahminde ceninin olmaması veya yapılan eylem ile bağlantısı olmadan ceninin önceden ölmesi halinde bu suçun unsurları oluşmamış olacaktır³⁷¹. Ceninin önceden ölüp ölmediği hususunda kesin bir kanaat olmadığı zaman failin sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmaz. Çünkü hiç kimse suçluluğu kesin olarak kanıtlanamadığı sürece cezalandırılmaz.

4.13.2.4 Manevi Unsur

Bu suç kasten işlenebilen bir suç olup failin bilerek ve isteyerek ceninin hayatına son verme amacı ile hareket etmesi gerekmektedir. Bu suç doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir³⁷². Yani failin neticeyi öngörmesine rağmen yine de eylemine devam etmesi halinde olası kastın olduğu kabul edilmektedir. Suçun taksirle işlenmesi durumu ile ilgili kanunda düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Yani taksirin söz konusu olduğu durumlarda bu maddeye dayalı olarak hekimin cezalandırılması yoluna gidilemez.

4.13.2.5 Netice

Ceninin ölümü ile netice meydana gelmiş olup ayrıca ceninin anne rahminden çıkarılmış olması şart değildir³⁷³. Aynı zamanda ceninin anne rahminde değil de çıkarıldıktan sonra yapılan eylem sebebiyle hayatına son verilmesi halinde de suçun oluştuğu kabul edilir³⁷⁴. Bu suçta teşebbüse de mümkündür. Şöyle ki cenin anne rahminden çıkarılmış olmasına rağmen yaşamaya devam etmesi veya tüm icrai fiillerin

³⁶⁸ Can, s. 86.

³⁶⁹ Erdem, s. 1657.

³⁷⁰ Erdem, s. 1659.

³⁷¹ Dönmez, Burcu, "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması", DEÜHFD, 2007, 9(2), s. 112.

³⁷² Erdem, s. 1660.

³⁷³ Şatır, s. 406.

³⁷⁴ Şatır, s. 406.

gerçekleştirilmesine rağmen failin elinde olmayan nedenlerden dolayı neticenin oluşmaması durumunda suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir³⁷⁵. Aynı zamanda ortaya çıkan netice ile yapılan eylem arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu hususta ayrıntılı inceleme yapılmalı ve nedensellik bağının bulunmadığı kanaatine varıldığı takdirde suçun unsurları oluşmamış olur³⁷⁶.

Hamileliğin onuncu haftasına kadar kadının rızası ile çocuğun alınması hukuka uygundur. Bununla beraber ceninin on haftadan büyük olmasına rağmen tıbbi zorunluluk gerektiren hallerde de bu eylemin yapılması yasaya uygundur. Aynı zamanda kanunun ilgili maddesinin son fıkrasına göre kadının mağdur olduğu yani bir suç neticesinde hamile kalma durumunda yirminci haftaya kadar ceninin anne rahminden alınması cezalandırılmaz³⁷⁷. Yani cinsel saldırı, istismar, reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarının söz konusu olduğu durumlarda söz konusu maddenin uygulanması mümkündür. Nitekim Yargıtay tarafından verilmiş olan karara göre de on beş yaşından küçük kızın hamile kalması halinde çocuğun düşürtülmesinde sanık olarak yargılananlar hakkında TCK'nın 99/6 maddesinin uygulanmamasını bozma nedeni saymıştır³⁷⁸.

³⁷⁵ Y. 8. CD. 18/02/1998, E.1998/837, K.1998/1919 “...Oluşa, dosyadaki kanıtlara, özellikle adli tıp raporu ile tüm dosya içeriğine göre; 14 haftalık hamile olan sanık Emine'nin tıbbi nedenler mevcut olmadığı halde resmi evli kocası Mahmut ile hamile kaldığı çocuğu aldırarak için diğer sanık Doktor Siyami'ye geldikleri, sanık doktorun kürtaj müdahalesi ile çocuğu almak için bütün icrai fiilleri tamamladığı, ancak rahmin delindiği, bu şekilde sanıkların ihtiyarlarında olmayan bu durum sonucu sanık Emine'nin hastaneye kaldırıldığı, çocuğun ölü olarak alındığı, rahmin de çıkartılması ile uzuv tatilinin meydana geldiği anlaşılmalıdır; sanıkların eyleminin tam teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden, TCK'nun 62. maddesinin uygulanması yerine, değerlendirmede yanılgiya düşülerek eksik teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilip yazılı biçimde uygulama yapılması...”(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

³⁷⁶ Y. 14. CD. T.04/12/2014, E.2013/2354, K.2014/13817 “...Silivri Devlet Hastanesinin 15.02.2010 tarihli ihbarı ekindeki yazıyı düzenleyen ve acil serviste mağdureyi muayene ettiği anlaşılan hekim ile mağdurenin muayene ve tedavisine katılmış diğer hekimlerin ve hastane personelinin tanık sıfatıyla beyanlarına başvurulması, özellikle mağdurenin muayene ve tedavisine katılan hekimlerden mağdure üzerindeki tespit ve teşhisleri ile vajinal kanama nedenleri ve mağdure üzerinde uygulanan tedaviye yönelik girişimlerin nelerden ibaret olduğu, ayrıca mağdurenin beyanında belirttiği şekilde mağdurenin rahminden parça alınıp alınmadığı hususlarının sorulması ve bu hususların açıklığa kavuşturulmasından sonra mağdurenin gebeleğinin sona erdirilip erdirilmediğinin tespiti amacıyla dosyanın küll halinde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kuruluna gönderilerek rapor aldirılmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması...”(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

³⁷⁷ TCK. Md. 99/6 “Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir...”

³⁷⁸ Y. 14. CD. T.27/02/2017, E.2014/6532, K.2017/965 “...Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden yapılan araştırmaya göre suç tarihinde on beş yaşından küçük olan mağdurenin

4.13.3 Suçun Özel Görünüş Biçimleri

4.13.3.1 Teşebbüs

Bu suça teşebbüs mümkün olup failin gebeliği sonra erdirmek için icra hareketlerine başlaması fakat elinde olmayan sebeplerden dolayı gerçekleştirilememesi durumunda suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir³⁷⁹.

4.13.3.2 İctima

Bu suç içtima açısından özellik arz etmemekle beraber gebeliğin sona erdirilmesi kastıyla hareket edilen zaman kadının ölümü veya yaralanması neticesi ortaya çıkan durumlarda bu suçlar arasında fikri içtima hükümleri uygulama alanı bulacaktır³⁸⁰.

4.13.3.3 İştirak

Bu suça iştirak mümkün olup aynı zamanda kanun maddesinde düzenlendiği üzere tıbbi zorunluluk olmadığı ve gebelik süresinin 10 haftayı geçtiği durumlarda çocuğun düşürülmesine rıza gösteren kadın da cezalandırılır³⁸¹.

4.14 Genital Muayene Suçu

4.14.1 Genel Olarak

Genital muayene suçu TCK'nın 287.maddesinde³⁸² hüküm altına alınmış olup daha önce ise Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 39.maddesinde³⁸³ düzenlenmiştir. Bu suç tipi ile kişilerin vücut dokunulmazlıkları, kişisel

hamile kalmasına ilişkin olarak yürütülen soruşturma ve kovuşturma neticesinde, Muğla 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 27.03.2012 gün ve 2010/55 Esas, 2012/69 sayılı Kararıyla sanık... 'nin çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyetine dair kurulan hükmün Dairemizin 27.12.2012 gün ve 2012/12251 Esas, 2012/13862 Karar sayılı ilamı ile onandığı anlaşılmalı, anılan eylem nedeniyle hamile kalan mağdurenin çocuk düşürtme suçu işlendiği sırada da onbeş haftalık gebe olduğu nazara alındığında, sanıklar haklarında 5237 sayılı TCK'nın 99/6. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi...”(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

³⁷⁹ Tezcan, vd., s. 333.

³⁸⁰ Tezcan, vd., s. 334.

³⁸¹ Tezcan, vd., s. 334.

³⁸² TCK. Md.287/1 “Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur...”

³⁸³ Md. 39 “Hekim, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemlerini dikkate alamaz. Hekim ilgilinin veya ilgili reşit değilse, veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamaz.”

özgürlükleri koruma altına alınmaya çalışılmıştır³⁸⁴. Kişilerin cinsel muayene konusunda serbest olmaları durumunun hakim veya savcının verecekleri karar ile sınırlandırılabilmesinin mümkün olduğu kabul edilmiştir. Zira kanun maddesinde de düzenlendiği üzere yetkili olan hakim veya savcının kararı ile kişinin genital muayeneye gönderilmesi halinde bu suç oluşmaz. Fakat bu suçun da bir istisnası bulunmaktadır. Bu istisnaya göre kamu sağlığını için tehlikeli olan bulaşıcı hastalıkların söz konusu olduğu durumlarda muayene yapıldığı zaman muayeneyi yaptıran veya yapanların cezai sorumluluğu ortaya çıkmaz³⁸⁵. Ancak bu hususta da dikkat edilmesi gereken nokta bulaşıcı hastalıkların olduğu durumlarda dahi yapılan eylemlerin kanun ve yönetmeliklere uygun olması gerektiğidir. Aksi durumlarda her ne kadar bulaşıcı hastalıktan dolayı muayene yapılmış olsa da kanun ve yönetmelik hükümlerine uyulmadığından yapılan eylem yine de hukuka aykırı olarak kabul edilir.

4.14.2 Suçun Unsurları

4.14.2.1 Fail

Bu suç faili iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan biri kişiyi muayeneye gönderen diğeri ise muayeneyi yapandır³⁸⁶. Dolayısıyla bu suçun faili muayeneyi yapan olarak hekim olabileceği gibi muayeneye gönderen başka kişiler, mesela okul müdürü, yurt yönetimi, çocuğun ebeveynleri vs. de olabilir. Muayeneyi yapanın sağlık personeli olmaması halinde bu suçun unsurları oluşmayacaktır³⁸⁷. Zira bu bakımından suç özgü suç olup muayeneyi yapan sağlık personeli haricinde kimse olamaz. Failin tüzel kişi olması mümkün değildir. Aynı zamanda yukarıda da ifade edildiği üzere genital muayeneye karar verebilmek için hakim veya savcının yetkili olması ve aynı zamanda bu muayenenin kanuna uygun olarak yapılması gerekmektedir. Hakim veya savcının yetkili olup da fakat yasaya aykırı şekilde muayeneye karar vermesi halinde görevi kötüye kullanma suçunun unsurları oluşur³⁸⁸.

³⁸⁴ Şatır, s. 478.

³⁸⁵TCK. Md.287/2 “Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve yönetmeliklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.”

³⁸⁶ Hakeri, 2016, s. 551.

³⁸⁷ Şatır, s. 479.

³⁸⁸ Şatır, s. 479.

4.14.2.2 Mağdur

Bu suçun mağduru bakımından sınırlama bulunmamakta olup herkes bu suçun mağduru olabilir³⁸⁹. Yani bu hususta mağdurun yaşı veya cinsiyeti önem arz etmemektedir. Reşit olsun veya olmasın kişinin kendisinin hekime giderek muayene talep etmesi halinde kişinin mağduriyetinden bahsedilemez³⁹⁰. Yani hekim hasta ilişkilerinde bu maddenin uygulama alanı bulunmamaktadır.

4.14.2.3 Fiil

Bu suçun fiili mağdurun hukuka aykırı bir şekilde muayeneye gönderme veya muayene etme ile gerçekleşmektedir³⁹¹. Genital muayeneye gönderme fiili yetkili olmayan biri tarafından mağdurun muayeneye gönderilmesi, muayene etme fiili ise kanuna uygun bir sebep olmaksızın mağdurun muayene edilmesi olarak anlaşılmaktadır. Yapılan muayenenin dokunarak yapılması şart değildir. Muayenenin mağdura dokunmadan gözle yapılması halinde dahi bu suç ortaya çıkar³⁹².

4.14.2.4 Manevi Unsur

Bu suçun sadece kastla işlenebilmesi mümkündür. Yani muayeneye gönderenin veya muayene edenin bu eylemin kanuna aykırı olduğunu bilmesi ve buna rağmen söz konusu eylemleri gerçekleştirmeleri gerekmektedir. Bu suçun taksirli halinde failin cezai sorumluluğu bulunmaz. Mesela hekimin geçerli bir izin olduğunu düşünerek mağduru muayene etmesi halinde taksirli eylemi söz konusu olacak ve bu suçun taksirli hali cezalandırılmadığından hekim hakkında cezai yaptırım uygulanması mümkün olmayacaktır.

4.14.2.5 Netice

Mağduru muayeneye gönderme, götürme veya muayene etme ile bu suçun neticesi meydana gelmiş olacaktır. Genital muayene fiilinin tamamlanması için muayenenin ister dokunarak isterse de gözle yapılması mümkündür.

³⁸⁹ Hakeri, 2016, s. 553.

³⁹⁰ Hakeri, 2016, s. 552.

³⁹¹ Şatır, s. 479.

³⁹² Hakeri, 2016, s. 554.

Gerek genital muayeneye gönderme gerekse de muayene etme suçlarına teşebbüs mümkündür³⁹³. Mesela bir kimsenin genital muayene için hekime götürmesi veya göndermesi halinde hakim ya da savcı kararı olmadığı için hekim muayeneyi yapmadığında muayeneye götüren veya gönderenin eylemi teşebbüs aşamasında kalmış kabul edilecektir³⁹⁴.

4.14.3 Hukuka Uygunluk Halleri

CMK'nın 76.maddesinde de düzenlendiği üzere kişinin rızasının olduğu veya TCK'nın 287.maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan bulaşıcı hastalıkların olduğu durumlarda yapılan muayeneler hukuka uygun olarak kabul edilir. CMK'nın 76.maddesinde yapılan düzenlemeye göre kişinin kendisinin rızası olduğu durumlarda başka kişilerin rızasına veya onayına gerek bulunmamaktadır. Belli bir yaşa gelmiş kişinin yapılan muayeneye anne babasının rızası olmasına rağmen kendi rızasının olmadığı ve tıbbi bir zorunluluğunda söz konusu olmadığı durumlarda TCK'nın 287.maddesinde düzenlenmiş olan suçun unsurları oluşmuş olacaktır. Bu açıklanan hususların haricinde, muayeneye gönderme veya muayene yapma fiillerinin yetkili biri tarafından karar verilmeksizin ve kanuna aykırı olarak yapılması hallerinde failin cezai sorumluluğu doğmuş olacaktır.

4.14.4 Suçun Özel Görünüş Biçimleri

4.14.4.1 Teşebbüs

Bu suç teşebbüse elverişli olup gerek muayeneye gönderme gerekse de muayene etme fiillerinin teşebbüs aşamasında kalması mümkündür³⁹⁵.

4.14.4.2 İctima

Bu suç bakımından zincirleme suç kurallarının uygulanması mümkündür³⁹⁶. Bunun için muayeneye gönderilen ve muayeneye tabi tutulan kişilerin aynı olması gerekmektedir. Yapılan eylemin aynı zamanda cinsel saldırı veya çocuğun cinsel

³⁹³ Hakeri, 2016, s. 557.

³⁹⁴ Hakeri, 2016, s. 557.

³⁹⁵ Tezcan, vd., s. 1117.

³⁹⁶ Tezcan, vd., s. 1117.

istismarı suçunu oluşturup oluşturmadığı konusunda değerlendirme yapacak olursak bu suçların aynı olayda birlikte bulunmaması sonucuna varılacaktır. Şöyle ki failin kastının cinsellik olduğu durumlarda fail genital muayene suçundan değil de cinsel saldırı veya çocuğun cinsel istismarı suçundan cezalandırılacaktır³⁹⁷.

4.14.4.3 İştirak

Bu suç açısından iştirak açısından özel bir durum bulunmamakta olup iştirake ilişkin genel kurallar bu suç bakımından uygulanacaktır³⁹⁸.

4.15 Yetkili Olmadığı Halde Hekimlik Yapmak

4.15.1 Genel Olarak

1219 Sayılı Kanunun 1. maddesi ile yapılan düzenlemeye göre her ne surette olursa olsun hastayı tedavi etme yetkisi sadece tıp fakültesi diplomasına sahip olan kişilere aittir³⁹⁹. Aynı kanunun ikinci maddesinde ise söz konusu diplomanın geçerli olabilmesi için onaylanması ve tescil edilmesi gerektiği vurgulanmıştır⁴⁰⁰. Söz konusu kanun maddelerine aykırı davranan şahısların, yani bu şartları taşımayanların hasta muayene veya tedavi etmesi halinde cezai sorumlulukları ortaya çıkar. Şöyle ki 1219 Sayılı Kanun'un 25.maddesi ile *“Diploması olmadığı hâlde, menfaat temin etmek amacıyla yönelik olmasa bile, hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan şahıs iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”* şeklinde düzenleme yapılmıştır. Kanun metninden de açıkça anlaşıldığı üzere hekimin cezalandırılabilmesi için herhangi bir yarar sağlamak amacının olmasına gerek bulunmamaktadır. Bu kanun maddesi ile kişilerin vücut bütünlüğü, sağlık hakkı, hayat hakkının korunması amaçlanmıştır⁴⁰¹. Aynı zamanda Kanunun 26.maddesine göre tıp fakültesi mezunu olmakla beraber çalışma yetkisi bulunmayan hekimlerin bu mesleği

³⁹⁷ Tezcan, vd., s. 1118.

³⁹⁸ Tezcan, vd., s. 1118.

³⁹⁹1219 SK. Md. 1 *“Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.”*

⁴⁰⁰1219 SK. Md.2 *“Yukardaki maddede yazılı diplomanın muteber olması için diploma sahibinin 8 Teşrinisani1339 tarih ve 369 numaralı kanun mucibince hizmeti mecburesini ikmal etmiş ve diplomasının Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaletince tasdik ve tescil edilmiş olması lazımdır. Tababet sanatını icra etmek isteyen askeri tabipler de diplomalarını tasdik ve tescil ettirirler. Ancak hizmeti mecburelerini ifa eyledikleri müddetçe diplomaları alıkonulan tabipler bu müddet zarfında dahi icrayı sanata mezundurlar.”*

⁴⁰¹ Şatır, s. 494.

yapması halinde idari para cezası sorumluluğu ortaya çıkmaktadır⁴⁰². Hekimler bakımından bu konuda 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ile de düzenleme getirilmiş olup kanunun 11.maddesine göre ruhsatı olmadan sağlık hizmeti veren ya da yetkili olmayan kişiler tarafından sağlık hizmeti sunanların cezalandırılacağı öngörülmüştür⁴⁰³.

Aynı müeyyideler dış hekimleri için de geçerli olup Kanunun 41.⁴⁰⁴ ve 42.⁴⁰⁵ maddelerine göre diploması bulunmadan dış hekimliği yapanlar⁴⁰⁶ ya da görevi yapma yetkisi bulunmayan kişilerin buna aykırı davranmaları halinde bu kişiler cezai ve idari yaptırıma tabi tutulmaktadır. Bununla beraber 3224 sayılı Türk Dış Hekimleri Birliği Kanunu'nda da bu konuda düzenleme yapılmış olup bu düzenlemeye göre hastalar ile dış hekimliği arasında aracılık yapan ve bu aracılıkta menfaati olan kişilerin veya kişileri aracı olarak kullanan dış hekimlerinin cezai sorumlulukları mevcuttur⁴⁰⁷.

⁴⁰²1219 SK. Md.26 "Bu Kanunun ahkâmına tevfikân icrayı sanat salahiyeti olmayan veya her ne suretle olursa olsun icrayı sanattan memnu bulunan bir tabip sanatını icra ederse, beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir."

⁴⁰³3359 SK. Md.11 "Olağanüstü durumlarda mesleğini icraya yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşana ve sağlık hizmeti devamlılık arz edene kadar verilecek olan sağlık hizmeti hariç, ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunan veya yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Özel izne tabi hizmet birimlerini Sağlık Bakanlığından izin almaksızın açan veya buralarda verilecek hizmetleri sunan sağlık kurum ve kuruluşları, bir önceki aya ait brüt hizmet gelirinin yarısına kadar idari para cezası ile cezalandırılır."

⁴⁰⁴ 1219 SK. Md.41 "Kişisel çıkar amacı olmasa bile diplomasız olarak dış hekimliği mesleğine ilişkin herhangi bir muayene veya müdahale yapan, dış hekimliği klinik hizmetleri ile ilgili işyeri açanların meslek icraları durdurulur. Bu kişiler hakkında üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur."

⁴⁰⁵1219 SK. Md.42 "Bu Kanunun ahkâmına tevfikân icrayı sanata salahiyeti olmayan veya her ne suretle olursa olsun icrayı sanattan memnu bulunan bir tabip veya dış tabibi veyahut dışçı, dışçılık sanatını icra ederse beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir."

⁴⁰⁶ Y. 19. CD. T.08/05/2017, E.2015/12723, K.2017/4330 "...1219 sayılı yasanın 41.maddesindeki "Kişisel çıkar amacı olmasa bile diplomasız olarak dış hekimliği mesleğine ilişkin herhangi bir muayene veya müdahale yapan,...." hükmü uyarınca anılan maddedeki suçun oluşabilmesi için sanığın muayene veya müdahale yapmasının gerekeceği, sanığın savunmalarında atılı suçlamayı kabul etmediği, dosya içindeki bilgi ve belgelere göre bu savunmanın aksine atılı suçun işlendiğine dair yeterli ve inandırıcı delil bulunmadığı, sanıkta ele geçen malzemelerin sanıklar tarafından dış tedavisinde kullanıldığı yönünde somut delil bulunmadığı, dış tedavisinde kullanılan malzemelerle yakalanan sanığın eyleminin suçta hazırlık hareketleri kapsamında kaldığı anlaşılmakla..."(sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

⁴⁰⁷ 3224 SK. Md.45 "Hastalar ile dış hekimleri arasında herhangi bir menfaat karşılığında aracılık yapanlar veya bu kişileri aracı olarak kullanan dış hekimleri üç aydan bir yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır."

Meslek diplomasını herhangi bir menfaat karşılığı dış hekimliği mesleğini uygulama yetkisine sahip olmayan kişi veya kişilere kullandıranlar veya kendisine ait olmayan diploması kullanarak menfaat sağlayanlar veya yargı mercilerince ya da Oda veya Birlik Disiplin Kurulları tarafından haklarında, serbest meslek uygulamasından geçici veya sürekli alıkonma cezası verilenlerden

4.15.2 Suçun Unsurları

4.15.2.1 Fail

Bu suçun faili hekimler olabileceği gibi başka kimseler de olabilir. Şöyle ki tıp fakültesi mezunu olmayan kişilerin kendilerini hekim gibi göstermesi veya tıp fakültesi mezunu olup da hekimlik yapma yetkisi bulunmayan şahısların da bu suçun faili olabilmeleri mümkündür⁴⁰⁸.

4.15.2.2 Mağdur

Bu suçun mağduru hekime veya diş hekimine başvuran hastadır. Bu suç tipi ile hastanın sağlık hakkının korunduğunu ve hasta mağduriyetinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

4.15.2.3 Fiil

Bu suçun fiili yetkisiz olduğu halde hastayı tedavi etmek veya hekim olmamasına rağmen bu unvanı takmak şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla failin bu konuda menfaat elde etmiş olmasına gerek yoktur.

4.15.2.4 Manevi Unsur

Bu suçun manevi unsuru kast olup taksirle işlenmesi mümkün değildir. Yani failin yaptığı bu eylemleri bilerek ve isteyerek yapması gerekmektedir. Failin bu konuda kastının olduğunun hiçbir şüpheye mahal vermeyecek şekilde ispatlanması gerekmektedir⁴⁰⁹. Aksi takdirde cezai sorumlulukları yoluna gidilmesi mümkün olmaz.

4.15.2.5 Netice

Yetkisiz kişi tarafından muayene yapılması veya tıp fakültesi olmayan kişinin kendisinin tıp fakültesi mezunu olarak tanıtması ile suç gerçekleşmiş olur⁴¹⁰. Dolayısıyla bu suçun neticesinin meydana gelmesi için mağdurun yaralanması veya ölmesi şartı

serbest meslek uygulamasına devam edenler, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde birinci fıkra hükümleri uyarınca cezalandırılırlar.”

⁴⁰⁸ Şatır, s. 495.

⁴⁰⁹ Y. 7.CD. T.25/09/2012, E.2010/4119, K.2012/24644 “...Saniğin kiraladığı iş yerinde, diş hekimliğinde kullanılan araç ve gereçlerin ele geçirildiği, saniğin savunmasında suçlamayı kabul etmediği ve bu iş yerini çalıştırmak için bir diş hekimi aradığını beyan ettiği, bu savunmanın aksine saniğin diş hekimliği mesleğini hasta kabul ederek icra ettiğine dair dosyada yeterli ve inandırıcı delil bulunmadığı nazara alınmadan...”(sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

⁴¹⁰ Şatır, s. 495.

aranmamıştır. Aynı zamanda mağdurun tedavi edilip edilmemesinin de bir önemi bulunmamaktadır. Neticenin oluşabilmesi için kendisini hekim gibi tanıtan kişi tarafından maddi menfaat elde edilmesine gerek yoktur.

5 MALPRAKTİS ve KOMPLİKASYON FARKI

5.1 Malpraktis Kavramı

Malpraktis, hekimlerin hatalı ve kusurlu müdahale sonrası ortaya çıkan sonuçlar anlamında kullanılan terim olarak karşımıza çıkmaktadır⁴¹¹. Şöyle ki Türk Tabipleri Birliği Meslek Etik Kuralları'nın 13.maddesinde malpraktis kavramı “ *Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere hekimin sorumluluğunun kabul edilebilmesi için hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması ile beraber hastanın zararının da meydana gelmesi gerekir. Tıbbi hatanın hekim dikkatsizliği, meslek ile ilgili eksik bilgi, tanının yanlış konulması veya başka nedenlerden dolayı ortaya çıktığı durumlarda hekimin kusurunun var olduğu kabul edilmektedir⁴¹². Bununla beraber hekimin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için belirli bir tıbbi standardın bulunması gerekmektedir. Aksi halde hekimin sorumluluğundan bahsedilebilmesi mümkün olmayacaktır.

Dolayısıyla hekimin dikkat veya özen yükümlülüklerine aykırı davranması kusurunun ortaya çıkması için yeterli görülmektedir⁴¹³. Yargıtay tarafından verilmiş olan bir kararda da hekimin dikkatsizliği sebebiyle sütür iğnenin hastanın vücudunda unutulması sonucunda hastanın yaralanması olayında hekimin taksirle yaralama suçundan sorumlu olması gerektiğini ve bu konuda Yüksek Sağlık Şurasının kararlarının bağlayıcı olmadığı vurgulanmıştır⁴¹⁴. Bununla beraber hekimin “bilinçli taksir” ve

⁴¹¹ Hakeri, 2016, s. 352.

⁴¹² Özçetin, Balaban, s. 30.

⁴¹³ Hancı, İ.Hamit, “Malpraktis-Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Cezai ve Tazminat Sorumluluğu”, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 23.

⁴¹⁴ Y. 12.CD. T.23/12/2015, E.2015/2003, K.2015/19501 “...Ameliyatlarda hastaya sütür atılırken bazen cilt altı yağ dokusu içinde sütür iğnesi kırılarak kalabileceği, bu durumun kişiye bir zarar vermeyeceği ve iğneyi çıkarma işlemi sırasında kişiye zarar verebileceği düşünülerek iğnenin cilt altında kalmasına karar verilebileceği □ şeklindeki, oluşa uygun düşmeyen raporuna itibarla sanık hakkında CMK'nın 223/2-c maddesi gereğince beraat kararı verilmesi...” (sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

“ihmali davranışla ölüme sebebiyet verme” eylemlerinden dolayı sorumlulukları da bulunmaktadır. Hekim kendi becerilerine güvenerek yaptığı bir işlemde veya öngörülebilir bir neticeyi öngörmemesi sonucunda ortaya çıkan olumsuz neticeden bilinçli taksirden dolayı sorumlu tutulur.

Bazı hallerde ise ameliyathanenin steril olmaması, kullanılan malzemelerin yeterli olmaması ve bunlar gibi başka durumlar da ortaya çıkabilir ki bu hallerde idare ile birlikte hekimin kusurundan da bahsedilip edilemeyeceği hususu karşımıza çıkmaktadır⁴¹⁵. Yargıtay tarafından kabul edilen görüşe göre bu gibi durumlarda idarenin sorumluluğu ile beraber tüm ameliyat ekibinin de sorumluluğuna gidilmesi gerekmektedir⁴¹⁶. Fakat bu gibi durumlarda hastanenin donanımı, bulunduğu yer, hekimin elinde bulunan araç ve gereçler dikkate alınarak değerlendirme yapılması daha doğru sonuca varılmasını sağlayacaktır⁴¹⁷.

Uygulamada hekimin cezai sorumluluğuna neden olan bir çok hatalı tıbbi müdahale çeşitlerinin var olduğu görülmektedir. Bunlar teşhis hatası, tedavi hatası, üstlenme kusuru olarak karşımıza çıkabilmektedir.

⁴¹⁵ Özçetin, Balaban, s. 31.

⁴¹⁶ Y. 12.CD. T.30/10/2014, E.2013/27947, K.2014/21434 “...Sanık H...ın, Özel ...Hastanesinde göz operatörü olarak, sanık L...ın ameliyat ortamının steril olmasını sağlamakla yükümlü yardımcı personel, sanık G...un tüm aşamalarındaki ifadesinde ameliyat odasının sterilizasyonundan bizzat sorumlu ameliyat hemşiresi olarak görev yaptığı, sanık Y...ın da göz ameliyatlarına giren hemşirenin izinli olması nedeni ile ameliyat hemşiresi olarak başka hastaneden geldiği; olay günü 78 yaşındaki katılan M...e yapılan katarakt ameliyatından 2 gün sonra hastanın kontrol muayenesinde sağ gözünde, ağır göziçi iltihaplanması (endoftalmi) nedeni ile sanık doktor H... tarafından ...Üniversitesi ...Tıp Fakültesine sevk edildiği, burada yapılan tüm müdahalelere rağmen hastanın sağ gözünün görme kaybına uğradığı mağdur ile aynı gün ameliyat olan 5 hastanın tümünde komplikasyon geliştiği...Üniversitesi ...Tıp Fakültesi Göz Hastalıkları Anabilim Dalı Başkanlığı'nun 11.02.2011 tarihli yazısında, hastanın sağ gözünde gelişen endoftalmi etkeni olarak Pseudomonas adlı bakterinin ürediğinin belirtildiği 22.10.2009 ve 23.10.2009 tarihlerinde sanıklar Y..., H... ve hakkında dava açılmayan ameliyat yardımcı personeli M...ın alınan el kültürlerinde Pseudomonas adlı bakterinin ürediğinin tespit edildiği Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu'nun 12.07.2013 tarihli raporunda □hastanın göz içinden alınan örneklerden hastane enfeksiyon amili olduğu bilinen Pseudomonas türü bakterinin ürediği, enfeksiyonun ameliyat esnasında kullanılan araç, gereç, malzeme ve solüsyonlardan kaynaklanabileceği, ameliyatta sterilizasyon ve dezenfeksiyon sorunu yaşandığı, başta idare olmak üzere ameliyat ekibinin sorumlu olduğuna□ ilişkin görüşü karşısında, mahkemece sanıkların mahkumiyetlerine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemekle birlikte...” (sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

⁴¹⁷Günday, Rezzan, “Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2009, s. 31.

5.1.1 Teşhis Hatası

Hekimin hastaya yardımcı olabilmesi, tedavi edebilmesi için ilk önce hastaya doğru teşhis koyması gerekmektedir. Ancak doğru teşhisin belirlenmesinden sonra tedavi aşamasına geçilmesi mümkündür. Fakat hekimin yapacağı teşhis belli şartlar altında yapılmalıdır. Aksi durumunda hekimin malpraktisten dolayı sorumluluğu ortaya çıkabilir. Şöyle ki hasta hekime başvurduğu ilk anda hekim öncelikle hastanın şikâyetlerini tam olarak dinlemelidir. Bu hususta hekim teşhis amaçlı sorulan soruları özenle seçmeli, hastanın kültürel ve aynı zamanda sosyal durumunu da dikkate almalıdır⁴¹⁸. Bunun sonrasında ise gerekli tüm tetkikler yapılarak hastalık konusunda teşhis konulmalıdır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki hekim mutlak teşhis koyma ile yükümlü değildir⁴¹⁹. Yani hekim hastalığı teşhis etmek amacıyla gerekli olan tüm tetkikleri yapmış olmasına rağmen hastalığı teşhis edememiş olabilir. Bu durumda hekimin mutlak teşhis yükümlülüğü olmamakla beraber hekimin hastayı başka hekime veya hastaneye sevk etmesi mümkündür. Aynı zamanda hekimin her durumda doğru teşhisi koyması da mümkün olmayabilir. Çünkü burada söz konusu insan vücudu olup vücudun verdiği reaksiyonlar değişkenlik gösterebilir veya farklı hastalıkların belirtileri ile benzer olmasından dolayı hastalığın doğru ve tam teşhisi zor olabilir. Bu gibi durumlarda önemli olan hekimin gerekli tetkikleri yapmış olması ve üzerine düşen yükümlülüğü dikkat ve özen ile yerine getirmesidir. O halde hekimin sorumluluğundan bahsedilmeyecektir. Bununla beraber başta konulan teşhisin hastalığın seyri sırasında değişmesi ihtimal dahilinde ise bu durumda hekim de öngörülü davranarak hastalığı takip etmelidir. Hekimin buna aykırı davranması halinde yine cezai sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür.

5.1.2 Tedavi Hatası

Hekimin doğru teşhisi koyduktan sonra hastayı tıbbi standartlara uygun tedavi etme yükümlülüğü devam etmektedir. Hekimin müdahaleyi yapmaması, hastanın vücudunda yabancı maddenin unutulması, eksik ön muayene yapılması, hastanın öyküsünün alınmaması, teşhise yönelik gerekli tetkiklerin yapılmaması, yanlış tedavi yöntemi seçme, kontrol, gözetim, uyarı hatası, tedavi sonrası danışma ve tavsiye hataları,

⁴¹⁸ Günday, s. 21.

⁴¹⁹ Günday, s. 21.

organ ve hastanın karışması, ölçsüz tıbbi müdahale, komplikasyonun fark edilememesi durumlarında tedavi hatasının mevcut olduğu kabul edilir⁴²⁰.

Müdahale yapılmaması – Teşhis konulduktan sonra tedavi yönteminin belirlendiği ve müdahale safhasına geçildiği yukarıda ifade edilmiştir. Hekimin tıbbi müdahaleyi tam ve zamanında yapması hastalığın seyrini deđiştirebilir⁴²¹. Dolayısıyla müdahalenin zamanında yapılmaması veya zamanında yapılmış olmasına rağmen hekimin gözetme yükümlülüğüne aykırı davranması halinde tıbbi malpraktisten sorumluluk hali ortaya çıkacaktır⁴²².

Hasta vücudunda yabancı madde unutulması – Bu durumun bir talihsizlik mi yoksa gerçekten hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle ortaya çıkan bir durum mu olduğu konusunda hekimler arasında görüş ayrılığı mevcuttur. Bazı hekimler çok dikkatli ve özenli bir hekimin de ameliyat sırasında hastanın vücudunda yabancı madde unutulmasının ihtimal dahilinde olduğunu, yani bunun bir talihsizlik olduğunu savunmaktadırlar⁴²³. Diğer görüşü savunan hekimler ise bu durumun kabul edilemeyeceğini, yabancı madde unutulmasının hekimin özenli davranmamasından ileri geldiğini savunmaktadırlar⁴²⁴. Ancak böyle bir hatanın bazen hastanın ölümüne dahi neden olduğu göz önüne alındığında hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranması neticesinde sorumluluğunun kabul edilmesi gerekir. Çünkü söz konusu olan insan hayatı ve insanın hayat hakkıdır.

Eksik ön muayene ve hasta öyküsünü almama – Sağlıklı teşhis konulabilmesi açısından hekime başvuran hastanın ilk önce öyküsü alınmalı ve ardından tedavi işlemlerine başlanmalıdır. Dolayısıyla hastalığın teşhis ve tedavisi için hastanın öyküsü önemli bir unsurdur. Hastanın öyküsü alınmadan hastalığın tedaviye başlanması tedavi hatası olarak deđerlendirilir⁴²⁵. Amerika’da 34 yaşında bir hasta sürekli baş ağrısı şikayeti ile hekime başvurmuş ve hekim hastanın daha önce hangi ilaçları kullandığını sormadan tedaviye geçmiştir. Hekim tarafından verilen yeni ilaçlarla beraber hastanın bağırsak

⁴²⁰ Hakeri, 2016, s. 375.

⁴²¹Koca, Mahmut, “Hekimin Taksirli Fiilinden Cezai Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2007.

⁴²² Hakeri, 2016, s. 375.

⁴²³ Hakeri, 2016, s. 376.

⁴²⁴ Hakeri, 2016, s. 376.

⁴²⁵ Hakeri, 2016, s. 372.

kanaması geçirmesine neden olunmuş ve hasta tarafından açılan tıbbi malpraktis davası neticesinde hastanın öyküsü alınırken hekim tarafından gösterilmesi gereken dikkat ve özenin gösterilmediği gerekçesiyle hekim sorumlu bulunmuştur⁴²⁶.

Teşhise yönelik gerekli tetkiklerin yapılmaması – Hastanın öyküsü ve şikayetleri alındıktan sonra hekim tarafından tıbbi standartlara uygun olarak gerekli tetkiklerin yapılması gerekmektedir. Gerekli tetkikler yapılmadan hastalık teşhis edilemeyeceğinden bu hastalıktan nedeniyle ortaya çıkan olumsuz neticelerden ötürü hekimin cezai sorumluluğu gündeme gelir⁴²⁷.

Yanlış tedavi yöntemi seçme – Hekimin uygulayacağı tedavinin tıbbi standartlara en uygun tedavi olması ve zamanında yapılması zorunludur⁴²⁸. Hekimin yanlış tedavi yöntemi seçme ihtimali ile beraber hastalığın birden fazla tedavi yöntemi olup da hekimin daha fazla acı veren ve zarara sebebiyet veren yöntemi seçebilmesi de mümkündür. Dolayısıyla hekimin tedavi yöntemi seçerken hastaya en az acı ve zarar veren yöntemi seçmesi gerekmektedir. Aksi halde bu nedenlere dayanarak hekimin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi mümkündür. Mesela hastalığın tedavisi için gerek ilaç ile tedavi gerekse de cerrahi usul ile tedavi mümkünse bu durumda hekimin ilaç tedavisini tercih etmesi gerekir. Çünkü ilaç tedavisi cerrahi usule kıyasla hem daha az acılı hem de daha az zararlı bir yöntemdir. Ancak ilaç ile yapılan tedaviden sonuç alınmama ihtimali yüksek ise ve buna rağmen hekim cerrahi usul yerine ilaç ile tedaviyi tercih ediyorsa bu durumda da hekimin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Kontrol, gözetim ve uyarı hatası – Hekimin doğru tedaviyi yapması ile sorumluluğu sona ermemektedir. Zira hekimin teşhis ve tedaviyi yaptıktan sonra kontrol, gözetim yükümlülükleri devam etmektedir⁴²⁹. Mesela doğum sonrası aynı gün taburcu edilen kadının bir süre kontrol amaçlı hastaneye çağırılması gerekmektedir. Aksi halde olumsuz bir neticenin ortaya çıktığı durumlarda hekimin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Tedavi sonrası danışma ve tavsiye hataları – Hastalık ve tedavisi ile ilgili tüm bilgilerin ve tavsiyelerin hekim tarafından hastaya verilmesi gerekmektedir. Mesela

⁴²⁶ Günday, s. 52.

⁴²⁷ Atabay, Orkun, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Bağlamında Hekimin Cezai Sorumluluğu”, İBD, 2014, 88(3), s. 344.

⁴²⁸ Hakeri, 2016, s. 378.

⁴²⁹ Hakeri, 2016, s. 383.

cerrahi ameliyat geçiren hastanın kaç gün hareket etmemesi, nasıl beslenmesi gerektiği ve bu gibi başka durumların hekim tarafından hastaya bildirilmesi gerekiyor. Hekimin tavsiyede bulunmaması veya bulunmasına rağmen eksik ya da yanlış tavsiyede bulunması durumlarında ortaya çıkan durumlardan hekim sorumlu kabul edilir.

Organ ve hasta karışma – Tedavi yöntemi belirlenirken veya cerrahi yöntem seçilirken hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne tam uygun davranması gerekmektedir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan hekimin yanlış ameliyat yapması, mesela sağ bacak yerine sol bacağı ameliyat etmesi halinde hekimin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Mesela basına yansıyan bir olaya göre hekim dikkatsizliği nedeniyle Azerbaycan’da yaşayan diyabet hastasının sol ayağı yerine yanlışlıkla sağ ayağı kesilmiştir. Bunun üzerine ameliyatı yapan hekim de mekanik hatadan dolayı bu olayın yaşandığını itiraf etmiştir⁴³⁰. Dolayısıyla bu gibi durumlarda kesinlikle hekimin cezai sorumluluğuna gidilmesi gerekmektedir.

Ölçüsüz tıbbi müdahale – Hasta için belirlenen tedavinin hastalığın gerektirdiği şekilde olması gerekmektedir. Aksi halde tedavi hatası söz konusu olur ki bu durumda da hekimin sorumluluğunun var olduğu kabul edilir. Yani yapılan tıbbi müdahalenin ölçüsü tıbbi standartlara göre belirlenmelidir.

Komplikasyonun fark edilmemesi – Gerek ilaç tedavisi gerekse de cerrahi ameliyat zamanı bazı beklenmedik durumlar ortaya çıkabilir. Bu gibi durumlarda hekimin zaman kaybetmeksizin hastaya müdahalede bulunması gerekir. Mesela ameliyat zamanı hastanın çok fazla kaybetmesi mümkündür ki bu gibi durumlarda hekimin hemen hastaya müdahale ederek kan takviyesi yaptırması gerekir. Bu tarz komplikasyonların fark edilmemesi hekim kusuru olarak kabul edilir.

5.1.3 Üstlenme Kusuru

Hekim somut olarak hasta bakımından bir değerlendirme yapmalı, tıbbi standardı sağlamak konusunda yeterli olduğunu düşündüğü zaman tedaviyi üstlenmelidir⁴³¹. Hekimin ne tam teşhis koyma ne de tedavi etme konusunda mutlak

⁴³⁰<https://www.ntv.com.tr/saglik/cerrah-hastasinin-saglam-ayagini-kesti,EbXNFs-1mUOgK3JELPXzdw>, (22/06/2019).

⁴³¹ Hakeri, 2016, s. 396.

yükümlülüğünün olduğunu söylemek mümkün değildir⁴³². Hastanın başka bir hastaneye veya hekime gitmesi daha uygun olabilir. Bu durumda hekimin hastayı yönlendirmesi gerekli olup aksi durumda hekim açısından üstlenme kusuru meydana gelecektir.

Hastanelerin belli standartlarda bulunmasını gerekli olup bunlar gerekli hekimin veya gerekli teçhizatın bulundurulması şeklinde olabilir. Hastanın başvurduğu hastanenin hastalığın teşhis ve tedavisi bakımından yetersiz olduğu düşünülüyorsa bu durumda hekimin özenli davranarak hastanın başka hastaneye sevkini sağlaması gerekir⁴³³. Bununla beraber hasta her zaman ‘uzman hekim standartında’ tedavi görme hakkına sahiptir⁴³⁴. Yapılan tedavi asistan tarafından yapılıyor olsa dahi hastanın aynı hakkı devam edecektir. Mesela gece nöbetinde olan hekim asistan ise bu halde uzman hekim de hastanede hazır bulundurulacaktır⁴³⁵. Aksi halde asistan hekim bakımından üstlenme kusuru gündeme gelebilir. Aynı şekilde hekimin ilk defa ameliyat yapması durumunda da uzman hekimin ameliyathanede hazır bulunması gerekmektedir. Bunun aksinin söz konusu olduğu durumlarda ameliyatı gerçekleştiren hekim açısından üstlenme kusurunun olduğu kabul edilir.

5.2 Komplikasyon Kavramı

Tıbbi müdahaleler izin verilen risk kapsamında bulunmaktadır. Yani hekim tarafından yapılan müdahale sonucunda her zaman olumsuz sonuç çıkabilmesi ihtimal dahilindedir. Düşünülen en iyi tedavi yöntemi seçilmiş, hastanın teşhisi tam ve zamanında yapılmış, hastane personeli üzerine düşen tüm yükümlülükleri yerine getirmiş olsa dahi hastalık hiç veya tam tedavi edilememiş olabilir. Çünkü söz konusu insan bedeni olup beklenmeyen sonuçların ortaya çıkabilmesi mümkündür. Bu sebeple zararın ortaya çıkma sebebi tam olarak belirlendikten sonra hekimin ve diğer sağlık personellerinin sorumluluklarına gidilmesi gerekir.

Komplikasyon, tanı ve tedavide hekim tarafından gösterilen tüm dikkat ve özene rağmen ortaya çıkan olumsuz durumdur⁴³⁶. Yani komplikasyonun söz konusu olduğu

⁴³² Yüksel, Canan, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kadir Has Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, s.110.

⁴³³ Hakeri, 2016, s. 397.

⁴³⁴ Hakeri, 2016, s. 354.

⁴³⁵ Hakeri, 2016, s. 398.

⁴³⁶ Yüksel, s. 112.

durumlarda hekime yükletilebilecek bir kusur bulunmamaktadır. Çünkü sonucu hiç kimse tarafından öngörülemeyen bir durumdan dolayı kimsenin sorumluluğuna gidilemez⁴³⁷. Dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için asıl olan kusurun varlığıdır. Faile yüklenebilecek bir kusurun bulunmadığı durumlarda komplikasyon durumu söz konusu olur. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında da komplikasyon neticesinde ortaya çıkan durumlarda failin gerek hukuki gerekse de cezai sorumluluğuna gidilemeyeceği yönünde ifadelere yer vermiştir⁴³⁸. Ancak komplikasyon olarak oluşan durumun daha sonra malpraktis olarak devam etmesi mümkündür ki bu gibi durumlarda da yine hekimin cezai sorumluluğuna gidilmelidir⁴³⁹.

5.3 Malpraktis ve Komplikasyon

Daha önce de ifade edildiği üzere tıp bilimi gelişen bir alan olup, üzerinde tasarruf edilen de insan bedeni olduğundan bazı durumlarda öngörülemeyen neticelerin ortaya çıkması mümkündür. Söz konusu neticelerin ortaya çıktığı durumlarda asıl dikkat edilmesi gereken bu neticenin önlenabilir olup olmadığıdır. Zira ortaya çıkan neticenin öngörülebilir olmaması halinde bu durum “izin verilen risk” kapsamında değerlendirilir⁴⁴⁰ ve komplikasyon olarak kabul edildiği için hekimin sorumluluğuna gidilmez⁴⁴¹. Ancak bunun aksine hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı

⁴³⁷Hakeri, Hakan, “Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı”,s. 24. <<https://www.toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492523-238.pdf>> (23/06/2019)

⁴³⁸ Y.2. CD. T. 20/11/1991, E.1991/10834, K.1991/11895 (sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

⁴³⁹ Yüksel,s. 115.

⁴⁴⁰ YCGK, T.16/05/2017, E.2017/271, K.2017/278 (sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

⁴⁴¹ Y. 12. CD. T.08/02/2018, E.2016/3467, K.2018/1220 “...Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi Dahili Tıp Bilimleri Bölümü Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığının 15.07.2011 tarih, 1221 sayılı raporunda; hastayı ilk olarak muayene eden hekimin tanı koyma aşamasında; güncel tıbbi uygulama standartlarına uygun olarak aydınlatılmış onam alma, yeterli, uygun muayene, tetkik yapma, tanı koyma hususlarının uygun olduğu, "Akut Apendisit" tanısı konulduktan sonra cerrahi tedavi tekniklerinden "Laparoskopik Apendektomi" operasyon tekniğinin güncel cerrahi rutinde uygulanabilen bir teknik olduğu ve cerrahi teknik seçiminin hastanın "Aydınlatılmış Onamı" alınması şartı ile uygulayan hekimin karar verdiğini ve tıbbi uygulamanın standartlara uygun bir cerrahi tedavi yöntemi olduğu, kişiye yapılan laparoskopik appendektomi esnasında kullanılan endoklipsin enflame ve ödemli dokuda radiksi kesme ve gastrointestinal mayi kaçacağına neden olabileceği riski mevcut olup 15.12.2010 tarihinde kişi opere edilmiş 16.10.2010 tarihinde taburcu edilmiş ve taburcu olduğu tarihten itibaren bulantı-kusma, karın ağrısı vb yakınmalar ile 20.12.2010 tarihinde kişiyi opere eden doktora tekrar başvurmasına rağmen kişiye hiç bir tetkik ve muayene yapılmadığı ve 24.12.2010 tarihinde akut batın tanısı konularak başka bir birimde opera edildiği dikkate alındığında kişiye ilk tanıyı koyarak laparoskopik appendektomi operasyonunu gerçekleştiren doktorun hastanın klinik izlem ve tedavisinde gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmediği, eksik takip ve tedavi nedeniyle tıbbi uygulama açısından kusurlu olduğu, kişinin laparoskopik appendektomi operasyonu sonrası gelişen akut batın ön tanısı ile opere edilmesine, çekum ve appendiks güdüğünde perforasyona, ince barsak ve kolonda

davranması, kusurunun bulunması, yapılması gerekli bir işin yapılmaması veya yapılmaması gereken bir işin yapılması sonucunda ortaya çıkan netice malpraktis olarak kabul edilerek hekimin sorumluluğu yoluna gidilecektir. Yani komplikasyonda tarafa yükletilebilecek hiçbir kusur bulunmazken malpraktiste ise tam aksine ortada bir kusur bulunmaktadır. Bu kusur teşhis hatası, tedavi hatası, müdahalenin yapılmaması gibi şekillerde olabilir ve tüm bunlar çalışmada ayrıntılı şekilde incelenmiştir. Yargıtay tarafından kabul edilen görüşe göre de eğer ortaya çıkan neticenin önlenmesi failden beklenemezse bu durumda kazanın meydana geldiği kabul edilerek kişinin cezalandırılması yoluna gidilmeyecektir⁴⁴². Bununla beraber daha önce de ifade edildiği üzere yanlış teşhis, teşhisten sonra yanlış tedavi, cerrahi ameliyat sonrası hastanın durumunun takip edilmemesi, komplikasyon olarak başlayan durumun tıbbi hata olarak devam etmesi, fark edilmesi mümkün olan komplikasyonun fark edilmemesi ve bu gibi durumlarda hekim tüm bu eylemlerinden dolayı sorumlu tutulacaktır⁴⁴³. Tüm bu ifade edilen hususlardan anlaşılacağı üzere failin kusurunun olup olmaması ve neticenin öngörülebilir olup olmadığı komplikasyon ile malpraktis kavramlarını birbirinden ayırmaktadır. Bu nedenle her somut olaya göre inceleme yapılarak komplikasyon ve malpraktis kavramlarını bir birinden ayırabilmek gerekmektedir. Aksi takdirde hataya düşülerek komplikasyon olarak ortaya çıkan olayda hekimin sorumluluğuna gidilebilir veya aslında tıbbi hatanın söz konusu olduğu durumlar komplikasyon olarak kabul edilerek insanların mağduriyetlerine sebebiyet verilebilir.

ödeme, ileum ve çekumda nekroza, ileum distali ve çekumun rezekte edilmesine, ileostomi yapılması arasında nedensellik (illiyet) bağı olduğu görüşlerine yer verildiği...”(sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

⁴⁴² YCGK, T.09/02/2016, E.2014/12-67, K.2016/45 “...Neticenin istenmemiş olması (iradi olmaması), taksirin önemli bir özelliğini oluşturmakta ve onu kasıttan ayırmaktadır. Yine, neticenin öngörülebilir olması, taksirin başlıca şartını hatta sınırını oluşturur. Netice öngörülebilir değilse, bu gibi neticeleri doğurabilecek hareketlerde bulunmaktan çekinmesi kimseden doğal olarak istenemeyeceği için, ortada kusurluluk kalmaz ve artık bir kaza veya tesadüfün bulunduğu söz edilir”; 11.5.2004 gün ve 97-115 Sayılı kararında da; "Neticenin öngörülebilmesi (tahmin edilebilmesi) ise failin hareketlerinin sonuçlarını tahmin edebilme yeteneğini ifade eder. Bu bakımdan failce neticenin öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi bakımından failin yaş, görgü, meslek vs. gibi niteliklerinin nazara alınmasını zorunlu kılar. Zira öngörülebilmenin imkansız olması durumunda taksirden değil, kaza ve tesadüflerden söz edilebilir. Öngörebilme olanağının belirlenmesinde nasıl bir ölçüt uygulanacağı hususu uygulama ve öğretide tartışılmış, failin kişisel niteliklerini gözönünde bulunduran subjektif görüş eğilim kazanmıştır. Bu görüşe göre failin görgüsü, sosyal seviyesi, yaşam tecrübesi, bedeni ve akli hali, zeka düzeyi gibi hususlar öngörme olanağının belirlenmesinde nazara alınacaktır" açıklamalarına yer verilmiştir...” (sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

⁴⁴³Y. 12. CD. T.15/03/2018, E.2016/5746, K.2018/2988 (sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

6 SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULLERİ

Hekimlerin eylemleri neticesinde zarar gören hasta veya hasta yakınlarının bu husus ile ilgili Őikâyette bulunma hakları mevcuttur. Ancak hekimler tarafından görevi sebebiyle işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturma usulleri çalıştığı hastane bakımından farklılık arz etmektedir. Şöyle ki kamu kurumunda çalışan hekimler ile ilgili soruşturmaya baŐlanabilmesi için çalıştığı kurum tarafından bu soruşturmaya izin verilmesi gerekir⁴⁴⁴. Fakat özel hastanelerde çalışan hekimlerin soruŐurmaları ile ilgili böyle bir Şart bulunmamakta ve hekim ile ilgili izin Şartı olmaksızın soruşturma baŐlatılabilmektedir. Yani özel hastanelerde çalışan veya Şahsi muayenehanesi olan hekimler ile ilgili soruşturmaya baŐlanabilmesi için Cumhuriyet Başsavcılığına Őikâyette bulunmak yeterlidir. Soruşturma sonucunda savcı tarafından kovuşturmaya yeterli delillerin bulunduğu kanaatine varılırsa iddianame düzenlenerek hekimin cezalandırılması talep edilir. Kamu kurumunda çalışan hekimler için ise durum farklı olup bu husus 1982 sayılı Anayasada da düzenlenmiştir. İlgili kanunun 129. maddesinde “...Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuŐturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.” ifadelerine yer verilmiştir. 4483 sayılı kanunun 2. maddesi ile yapılan düzenlemeye göre “*Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kiŐilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır*”. Kanun maddesinden anlaşıldığı üzere kamu kurumunda çalışan her hekim ve diğer sağlık personelleri 4483 sayılı Kanuna tabi değillerdir. Sözü konusu kanun maddesinin uygulanabilmesi için bazı Şartlar mevcut olup bu Şartların oluşması halinde kamu görevlisi bu kanuna tabi kabul edilir. Bu Şartlar devlet veya devlete ait olan diğer kurumlarda çalışan personel olmak, çalıŐılan kamu görevinin devletin idare esaslarına göre yürütülmesi ve kamu personeli tarafından yürütölen görevin, devletin asli ve süreklilik arz eden görevleri arasında bulunmasıdır⁴⁴⁵. Dolayısıyla işlenen suçun kamu görevlisi olan hekim tarafından görevi sırasında ve görevi ile ilgili ortaya çıkması gerekir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilmiş olan bir kararda da kamu görevlisinin görevi sırasında işlenen suç dahi olsa işlenen suçun

⁴⁴⁴ Şatır, s. 287.

⁴⁴⁵ Şatır, s. 288.

görevi ile ilgisi olmadığı durumlarda ilgili kanunun uygulanmayacağı hususlarına değinilmiştir⁴⁴⁶. Aile hekimleri için ise farklı bir düzenleme mevcut olup bu düzenlemeye göre hekimlerin 4483 sayılı kanuna tabi olup olmadığı hususunda bir ayrıma gidilmelidir. Şöyle ki Aile Hekimliği Kanunu'nun 6.maddesi ile yapılan düzenlemede;

“Aile hekimleri ve aile sağlığı çalışanları, mevzuat ve sözleşme hükümlerine uygunluk ile diğer konularda Bakanlık, ilgili mülkî idare ve sağlık idaresinin denetimine tâbidir. Aile hekimi ve aile sağlığı çalışanları, görevleriyle ilgili ya da görevleri başında işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlarda Devlet memurları gibi kabul edilir.”

ifadelerine yer verilmiştir. Söz konusu kanun maddesinden aile hekimlerinin de devlet memuru olarak kabul edildikleri anlaşılmaktadır. Bununla beraber aynı Kanunun 3.maddesinde;

“Aile sağlığı çalışanları, aile hekimi tarafından belirlenen ve Sağlık Bakanlığı tarafından uygun görülen, kurumlarınca da muvafakati verilen Bakanlık veya diğer kamu kurum ve kuruluşları personeli arasından seçilir ve bunlar sözleşmeli olarak çalıştırılır.”

şeklinde düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla aile hekimlerinin kamu kurumundan veya kamu kurumu ile ilgisi olmayan hekimler tarafından seçilebilmesi mümkündür⁴⁴⁷. Aile hekiminin kamu kurumundan seçilmesi halinde 4483 sayılı Kanun uygulama alanı bulacaktır. Ancak bunun aksinin söz konusu olduğu durumlarda yani aile hekimlerinin sözleşme ile çalışmaları durumunda 4483 sayılı Kanunun uygulanması mümkün olmayacaktır⁴⁴⁸. Çünkü daha önce de beyan edildiği üzere 4483 sayılı kanunun uygulanabilmesi için belli şartlar mevcut olup bu şartların oluşmaması halinde Kanunun uygulanma imkanı bulunmayacaktır. Kamu kurumundan atama ile gelmeyen aile hekimlerinin çalışmaları süreklilik arz etmediğinden bu kanunun uygulanması yoluna gidilemez. Ancak bu kanunun uygulanmasının da istisnaları olup buna göre hekimin özel hayatında işlediği suçlar, görevi ile ilgisi olmayan suçlar ve ağır cezayı gerektiren suçun işlendiği sırada suçüstü yakalanması halinde söz konusu suçlar bu kanun kapsamında değerlendirilmez. Suçüstü kavramının ne anlama geldiği 5271 sayılı CMK'nın 2. maddesi

⁴⁴⁶ YCGK. T.17/02/2004, E.2004/2-10, K.2004/40 (sinerjimevzuat.com.tr'den temin edilmiştir.)

⁴⁴⁷ Şatır, s. 289.

⁴⁴⁸ Şatır, s. 289.

ile ile düzenlenmiştir⁴⁴⁹. Dolayısıyla kanunda düzenlenen bu durumların ortaya çıkması halinde izin alınmasına gerek olmaksızın Cumhuriyet Savcısı tarafından soruşturma başlatılması mümkündür.

4483 sayılı Kanuna tabi olan kamu görevlileri hakkında savcılığa, kolluk makamlarına, çalıştığı kuruma şikayette bulunulabilir. İşlenen suçun hekimin çalıştığı kuruma ihbar edilmesi halinde bu evrakların izin vermeye yetkili mercie gönderilmesi gerekir⁴⁵⁰. İhbarın Cumhuriyet Savcılığına yapılması halinde ise ilk önce kamu görevlisinin 4483 sayılı kanuna tabi olup olmadığı araştırılması gerekir. İşlenen suçun 4483 sayılı kanun kapsamında olduğunun anlaşılması halinde Kanunun 4. maddesinde belirtilen unsurların var olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu unsurların bulunmaması halinde şikâyetçi tarafından verilen dilekçe işleme konulamaz ve durum şikâyetçinin kendisine bildirilir⁴⁵¹. Şikâyetçi tarafından verilen dilekçenin kabul edilmesi ve ilgili mercinin soruşturmaya muvafakat etmesi ile Cumhuriyet Savcılığı tarafından soruşturma aşamasına geçilir. İzin mercii tarafından konu ile ilgili ön inceleme yapılmalı, tüm bilgi ve belgeler toplanmalı ve en önemlisi şikâyet edilen kamu görevlisinin ifadesi alınmalıdır⁴⁵². Tüm bu işlemler izin mercii tarafından 30 gün içerisinde tamamlanmalıdır.

⁴⁴⁹ 5271 SK. Md.2 “*Suçüstü: 1. İşlenmekte olan suç, 2. Henüz işlenmiş olan fül ile fülün işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç, 3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç ifade etmektedir.*”

⁴⁵⁰ Şatır, s. 293.

⁴⁵¹ 4483 SK. M.4 “*Cumhuriyet başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar veya şikâyetle bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler. Diğer makam ve memurlarla kamu görevlileri de, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlendiğini ihbar, şikâyet, bilgi, belge veya bulgulara dayanarak öğrendiklerinde durumu izin vermeye yetkili mercie iletirler. (Değişik üçüncü fıkra: 17/7/2004-5232/2 md.) Bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur. (Değişik dördüncü fıkra: 17/7/2004-5232/2 md.) Üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyetle bulunana bildirilir. Ancak iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz. Başsavcılar ve yetkili merciler ihbarcı veya şikâyetçinin kimlik bilgilerini gizli tutmak zorundadır.*”

⁴⁵² Şatır, s. 296.

Söz konusu bu süre en fazla 15 gün uzatılabilir⁴⁵³. İzin vermeye yetkili makamın kararına karşı itiraz edilmesi mümkündür. Kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde itiraz edilmemesi veya edilen itirazın reddedilmesi halinde verilen karar kesinleşir. Bu durumda sadece yeni bir delilin ortaya çıkması halinde yeniden izin alınması yoluna gidilerek soruşturma yapılabilir. Dolayısıyla iznin yetkili makamca verilmesi gerektiği gibi verilen karara karşı da 10 gün içerisinde itirazda bulunulması gerekir⁴⁵⁴. Kararın kesinleşmesinden sonra tüm dosya Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilerek soruşturmaya başlanacaktır. Daha sonra genel hükümlere göre soruşturma yapılarak iddianame düzenlenmesine veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir. İddianamenin kabulü ile kovuşturma aşamasına geçilerek, genel hükümlere göre yargılama yapıp kamu görevlisinin işlediği suç hakkında karar verilir.

Üniversitede çalışan hekimler için ise durum farklı olup onlar hakkında 2547 sayılı Kanun uygulanmalıdır. İlgili kanunun 53. maddesinin c bendinde yapılan düzenleme ile görevli hekim hakkında yargılama yapılabilmesi için maddede belirtilen kurul tarafından son soruşturma açılmasına karar verilmesi gerekir. Soruşturmanın açılması kararına ilgilinin itirazı mümkündür. İtirazın yapılması halinde ilgili daire tarafından itiraz incelenerek karara bağlanacaktır⁴⁵⁵. Fakat soruşturmanın açılmamasına karşı itiraza gerek kalmaksızın bu husus ilgili daire tarafından doğrudan incelenir⁴⁵⁶. Bu kanuna dayalı soruşturma yapılmaksızın hekimin işlediği suç ile ilgili cezalandırılması mümkün değildir⁴⁵⁷. Yapılan şikayet ile ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'nın soruşturma yetkisi olmadığından kendilerine yapılan başvuru ile ilgili görevsizlik kararı verilerek tüm

⁴⁵³ 4483 SK. M.7 “Yetkili merci, soruşturma izni konusundaki kararını suçun 5 inci maddenin birinci fıkrasına göre öğrenilmesinden itibaren ön inceleme dahil en geç otuz gün içinde verir. Bu süre, zorunlu hallerde onbeş günü geçmemek üzere bir defa uzatılabilir.”

⁴⁵⁴ Danıştay 1. Dairesi T.08/02/2005, E.2005/13, K.2005/135 “...Yetkili merci, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararını Cumhuriyet başsavcılığına, hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisine ve varsa şikayetçiye bildirir. Soruşturma izni verilmesine ilişkin karara karşı haklarında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi, soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı ise Cumhuriyet başsavcılığı veya şikayetçi itiraz yoluna gidebilir. İtiraz süresi, yetkili merciin kararının tebliğinden itibaren on gündür...” (sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

⁴⁵⁵ Akyıldız, S ve H.Özkan, Hasta-Hekim Hakları ve Davaları, Seçkin Yayınları, (2.baskı), s. 183.

⁴⁵⁶ Gökcan, H.Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayınları, (2.baskı), s. 514’den aktaran Şatır, s. 301.

⁴⁵⁷ Y. 4. CD. T.28/02/1985, E.1985/1412, K.1985/1368 “...Tıp Fakültesi’nde doktor asistan bulunan sanığın görevi esnasında işlemiş olduğu suçtan dolayı 2547 sayılı Kanununun 53. maddesini değiştiren 2653 sayılı Kanun hükümleri dâhilinde soruşturma yapıp hakkında yargılamanın gerektiğine dair...”(sinerjimevzuat.com.tr’den temin edilmiştir.)

belgelerin Yüksek Öğretim Kurumuna gönderilmesi gerekir⁴⁵⁸. Bunun üzerine Yüksek Öğretim Kurulu Başkanı tarafından soruşturmacı görevlendirilmesi yapılmalıdır. Görevlendirilen soruşturmacının tüm araştırmaları yaptıktan sonra kendi görüşü ile ilgili rapor da hazırlayarak son soruşturmanın açılmasına karar verecek olan makama takdim etmesi gerekir. Bunun üzerine son soruşturmanın açılması için onay veya ret kararı verilecektir. Son soruşturmanın yapılması ile soruşturmaya izin verilmesi halinde veya soruşturmaya izin verilmeme kararına yapılan itirazın kabul edilmesi ve kesinleşmesi halinde hekim hakkında suçun işlendiği yer mahkemesinde yargılama yapılmasına karar verilecektir.

4483 sayılı Kanunda olduğu gibi bu kanunun uygulanma alanında da istisnalar mevcuttur. Hekimin rüşvet, irtikap, zimmet gibi suçları işlemesi halinde yine doğrudan soruşturma başlatılması mümkün olacaktır.

Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere hekim hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için hekim ile ilgili hangi kanunun uygulanması gerektiği hususu ayrıntılı şekilde incelemeye tabi tutulmalıdır. İlgili kanun maddelerine uyulmaksızın hekim hakkında soruşturma veya kovuşturulma yapılması durumunda verilen karar kabul edilemez ve bu nedenlerle Yüksek Mahkeme tarafından çok sayıda kararın bozulduğu görülmektedir.

⁴⁵⁸ Şatır, s. 306.

7 SONUÇ

Hekimlerin idari, hukuki, mesleki etik ve cezai sorumlulukları kapsamında taşıdıkları sorumluluklar, her an özverili bir çalışmayı ve hataya yer vermemek için dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmayı gerektirmekte olup zaman zaman bu gereklilik onlar için bir tedirginlik ve sorun teşkil ederek mesleklerini icra noktasında kısıtlanmalarına da neden olmuştur. İşbu kısıtlılık ile ilgili geçmişten bu yana tam anlamıyla bir çözüm geliştirilememiştir. Zira hekimin sorumluluğu yüzyıllardır üzerinde tartışılan bir konu olup her geçen yıl artarak devam etmektedir. Doğası gereği hekimlik, riskli bir meslek olup çalışma alanının konusunu ‘insan vücudu’ oluşturmasından mütevellit, risk seviyesini en üst düzeye taşımaktadır. Zira her insanın sahip olduğu en önemli varlığı, hayat hakkı ve yine bu kapsamda vücut dokunulmazlığının hekimlerin ellerine bırakılması, hekimler tarafından taşınması zor bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır.

Hekim tarafından mesleki anlamda yapılan işlemin ne olduğu fark etmeksizin bu riskin azaltılmasında en önemli kıstas ise dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılmasıdır. Sıradan bir sorumluluk gibi görünen ancak en ufak hataya dahi yer vermemeyi gerektiren dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık, telafisi olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Bu sebeple bazı durumlarda dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmek insan hayatını doğrudan etkilemektedir. Tam bu noktada ise malpraktis ve komplikasyon kavramları gündeme gelmektedir. Şöyle ki bir hekim için her müdahalenin bir risk taşıdığını söylemek yanlış olmaz. Zira zaman zaman beklenmedik sonuçlarla karşılaşılabilenekte olup bu karşılaşma ihtimali riskin varlığına delalettir. Beklenmeyen sonuçların ortaya çıkması “komplikasyon” olarak tanımlanmaktayken, gelişebilecek veya öngörülebilir olan risklerin hekim tarafından önceden öngörülmemesi veya fark edilmesine rağmen önlem alınmaması durumu da “malpraktis” kavramını tanımlamaktadır. Malpraktis kavramı, aslen tüm meslekler için aynı anlamı taşısa da tıp hukuku alanında ayrı bir öneme sahiptir.

Bahsi geçen ve malpraktis olarak adlandırılan tıbbi uygulama hatalarından kaynaklanan hekimlerin cezai sorumluluğunun ağırlık terazisinin dengede tutulması ise büyük önem arz etmektedir. Zira bir yanda bakıma ve tedaviye muhtaç insanın sağlık hakkının önemli olduğu bir yanda da insanlığa hizmet ve yardım için yemin etmiş olan,

görevlerini icra eden hekimler üzerinde sorumluluk adı altında baskı kurulmaması gerektiği unutulmamalıdır. Bu hususta hekimler ve diğer sağlık mensupları da kendi haklarını ve yetkilerini bilmeli ve gereken durumlarda haksız olarak ortaya çıkan suçlamalardan kendilerini koruyabilmelidirler.

Komplikasyon durumunun ortaya çıktığı hallerde ise hekimin herhangi bir sorumluluğuna gidilmesi gerekmeyecektir. Bu bakımdan malpraktis ve komplikasyon kavramları arasında sınır tam çizilebilmeli ve bu şekilde hekimlerin de mesleklerini icra ederken sorunlarla karşılaşmamaları için gerekli tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirler sonucunda hekimler ve sağlık personelleri haksız ve hukuka aykırı suçlamalardan korunabilecek ve mesleklerini özverili bir şekilde yerine getirebileceklerdir.

KAYNAKÇA

Akbulut, E., “İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu”, *TBB Dergisi*, 2006, (66), ss. 183-224.

Akçakoca, M., “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk”, *EÜHFD*, 2/2007, (1-2), ss. 103-123.

Akyıldız, S., H. Özkan, Hasta –Hekim Hakları ve Davaları, (2.baskı), Seçkin Yayınları, Ankara.

Akcan, E., “Ötanazi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mecmuası*, 2013, (1), ss. 3-26.

Alan, E., (2008), “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İnsan Üzerinde Deney Suçu”.

Atabay, O., “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Bağlamında Hekimin Cezai Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 88/2014, (3), ss. 342-370.

Atlan, H., “Beden Bütünlüğünün İhlalinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65/2016, (4), ss. 2659-2983.

Ayan, M., (1991), Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara.

Aydın, Ç.Kan., “Organ ve Doku Ticareti Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1/2011, ss.129-162.

Aydın, E., “Hekimin Sır Saklama ve İhbar Yükümlülüğü”, *Hacettepe Üniversitesi Katkı Pediatri Dergisi*, 22/2002, (3), ss. 302-311.

Aydın, E., “Hekim-Hasta İlişkinin Etik Yönü”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, 6/1998, (1), ss. 6-13.

Aydın, N., “Tıp Ceza Hukukunda Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme ve Ele Geçirme Suçu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21/2013, (2), ss. 7-30.

Bayındır, S., “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24/2018, (1) ss. 77-121.

Baytemir, E., “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu”, *TBB Dergisi*, 2010, (88), ss. 333-388.

Besiri, A., “Ötanazi ve Yaşam Hakkı”, *TBB Dergisi*, 2009, (86), ss. 188-203.

Birtek, F., “Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 58/2009, (2), ss. 248-293.

Büyükay, Y., “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/2004, (1-2), ss. 383-396.

Can, S., “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1/2015, ss. 81-104.

Canbolat, F., “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, *TBB Dergisi*, 2009. (80), ss. 156-181.

Çağlayan, R., (2014), İdari Yargılama Hukuku, (5.baskı), Seçkin Yayınları, Ankara.

Demir, M., “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57/2008, (3), ss. 225-252.

Demirörs, Ö., S. Arslan, **Hızal**, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64/2016, (4), ss. 1481-1516.

Derhem, B., (2016) Hekimlerin Mevzuata Göre Sahip Oldukları Haklar ve Cezai Sorumlulukları Konusunda Bilgi Düzeyi ve Davranışları, Ankara Üniversitesi, Aile Hekimliği Anabilim Dalı, Ankara.

Dönmez, B., “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/2007, (2), ss. 99-141.

Erdem, D.Özge, “Çocuk Düşürtme Düzenlemesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65/2016, (4), ss. 1637-1688.

Erdem, M.Ruhan, “Suçu Bildirmeme Suçu”, *TBB Dergisi*, 80/2009, ss. 105-120.

Ersoy, Y., “Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları”, *TBB Dergisi*, 2004, (53), ss.161-190.

Gökcan, H.Tahsin, “Resmi Belgede Sahtecilik Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 67/2009, (3), ss. 93-126.

Gökcan, H.Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Ankara.

Gökcen, A., M., Balcı, “ Kasten Öldürme Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 17, (1-2), ss. 95-218.

Gökcen, A., M., Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, ss. 111-149.

Gözler, K., (2017), *Hukuka Giriş*, (14.baskı), Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa.

Günday, R., (2009), *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara.

Gürcan, E.Genç, “Ötanazi- Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 60/2011, (2), ss. 255-280.

Güven, G., “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 90. Maddesi ile Düzenlenen İnsan Üzerinde Deney Suçu ve Rıza”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 90/2016, (4), ss .213-226.

Hakeri, H., (2014), *Ceza Hukuku*, (17.baskı), Adalet Yayınevi, Ankara.

Hakeri, H., (2016), *Tıp Hukuku*, (11.baskı), Seçkin Yayınları, Ankara.

Hancı, İ.Hamit, (2006), *Malpraktis- Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Cezai ve Tazminat Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara.

İntepeler, S., M., Dursun, “Tıbbi Hatalar ve Tıbbi Hata Bildirim Sistemleri”, *Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi*, 15/2012, (2), ss. 129-135.

Kahraman, R., “İrtikap Suçu Bakımından İcbar Karinesinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, *TBB Dergisi*, 2019 (141), ss. 209-226.

Kahraman, Z., “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/2016, (1), ss. 479-509.

Kaya, M., “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, 2012, (100), ss. 45-82.

Kendirci, A., (2011), “Alternatif Tıp, Tamamlayıcı Tıp ve Entegratif Tıp Hakkında”.

Kılınç, B., Türk Ceza Hukukunda Ötenazi.

Kızıllarlan, H., (2007), Ceza Muhakemesi Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, (1. Baskı), Ankara.

Koca, M., ve **Üzülmez, İ.**, (2011), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara.

Koca, M.Reis, “İrtikap Suçu”, ss. 247-279.

Koca, M. (2007), Hekimin Taksirli Fiilden Cezai Sorumluluğu, *Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Ankara.

Koç, S., *Adli Tıbbi Açından Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Anabilim Dalı, İstanbul.

Kolcu, S., (2014), *TCK’da Suçu Bildirmeme Suçu*, İstanbul Kültür Üniversitesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul.

Memiş Kartal, P., “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. m.257)”, ss. 1373-1395.

Meral, Ö. Oğuzhan, “Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017/19, ss. 1139-1206.

Oral, T., “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasının Alma Yükümlülüğü”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/2, ss. 185-209.

Özalp, F., (2013), *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi, Ankara.

Özbek, V. Özer, vd., (2014) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (7.baskı), Seçkin Yayınları, Ankara.

Özçetin, S. ve Balaban, M., (2013), Sağlık Hukuku, Bizim Akademi Yayınları, Ankara.

Özen, M., M., Şahin, “Ötanazi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, (68), ss. 15-36.

Şatır, N., (2015), Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Yargıtay ve Danıştay İçtihatları, Yetkin Yayınları, Ankara.

Şen, Y.Furkan, “Yaşam Hakkı: İdam, Kürtaj, Ötenazi ve Siyasal Sorumluluk”, *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 19/2015, (2), ss. 1-26.

Taşkın, Ş.Cankat, “Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme”, *TBB Dergisi*, 2008, (79), ss. 141-197.

Tezcan, D., vd., (2015), Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (12.baskı), Seçkin Yayınları, Ankara.

Top, M., Ö. Gider, vd., “Hekimlerin Tıbbi Hatalara Neden Olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, 2008/11 (2), ss. 161-200.

Toroslu, H., “Bilinçli Taksir Üzerine Bir Değerlendirme”, *TBB Dergisi*, 2016, (126), ss.95-122.

Ulu, F., “Ötenazi”, 2010, Ankara.

Üzülmez, İ., “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK.m.257)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16/2012, (1), ss. 191-216.

Üzülmez, İ., “Yeni Ceza Kanunu’nda İrtikap Suçu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14/2006, (2), ss. 273-298.

Yavuz İpekyüz, F., “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20/2015, (33), ss. 19-61.

Yılmaz, Sabire Sanem, (2014), Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu, (1.baskı), Seçkin Yayınları, Ankara.

Yokuş Sevük, H., “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK.m.257)”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23/2018, (39), ss. 257-316.

Yüksel, C., *Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kadir Has Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul.

Yüksel, H., (2015), *Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları*, İstanbul Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul,

Zafer, H., “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, (1), ss. 1327-135

İNTERNET KAYNAKLARI

<www.prizmahukuk.com/files/Otenazi.pdf > (03/05/2017)

<www.kozanbilgi.net/euthanasia-otenazi.html> (05/05/2017)

< <https://www.hukukihaber.net/>> (12/05/2017)

<<http://www.muharrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerIV/163.pdf>
> (18/05/2019)

<http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1369.htm> (19/05/2019)

<<http://openaccess.inonu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11616/4244/makale.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > (10/06/2019)

<<http://dspace.marmara.edu.tr/bitstream/handle/11424/2264/5000001567-5000000720-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> (12/06/2019)

<<https://www.kamufinans.com/herbalizm-tamamlayici-tip-fitoterap-nediri/>>
(12/06/2019)

<<https://dergipark.org.tr/download/article-file/155614>> (14/06/2019)

<<http://dspace.marmara.edu.tr/bitstream/handle/11424/2170/5000001567-5000000664-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > (18/06/2019)

<<http://hekimsel.com/dil-bilgileri/doktor-tabip-hekim-iatro-atasagun/>>
(18/06/2019)

<<https://www.ntv.com.tr/saglik/cerrah-hastasinin-saglam-ayagini-kesti,EbXNFs-1mUOgK3JELPXzdw>> (22/06/2019)

<<https://www.toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492523-238.pdf>>
(23/06/2019)

<<https://www.amerikaninsesi.com/a/abd-de-tibbi-hata-sonucu-olum-orani-halacok-yuksekk/3341885.html>> (25/07/2019)

<<http://www.radikal.com.tr/turkiye/fazla-tip-sagligi-bozdu-640722/>>
(25/07/2019)

KARARLAR

-Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 28.11.2005 tarih ve 2005/11159 Esas ve 2005/17474 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 14.03.1983 tarih ve 1983/7237 Esas ve 1983/1783 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 04.05.2015 tarih ve 2014/22611 Esas ve 2015/9162 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 29.04.2014 tarih ve 2013/12773 Esas ve 2014/6811 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 28.06.2018 tarih ve 2018/3376 Esas ve 2018/7454 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 01.02.2005 tarih ve 2004/9-213 Esas ve 2005/3 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 25.11.2014 tarih ve 2014/2318 Esas ve 2014/23788 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 14.03.2014 tarih ve 2013/10750 Esas ve 2013/6454 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 23.10.2014 tarih ve 2014/11636 Esas ve 2014/20830 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 10.12.2013 tarih ve 2013/5731 Esas ve 2013/28511 Karar sayılı kararı.

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

-Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.02.2013 tarih ve 2012/4-425 Esas ve 2013/67 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 22.03.2017 tarih ve 2015/10130 Esas ve 2017/1097 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 26.04.2017 tarih ve 2015/19 Esas ve 2017/3158 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 27.02.2018 tarih ve 2017/9921 Esas ve 2018/2180 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 14.02.2018 tarih ve 2016/5581 Esas ve 2018/1517 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 06.05.2004 tarih ve 2003/6762 Esas ve 2004/3795 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 13.07.2005 tarih ve 2003/16783 Esas ve 2005/8956 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 15. Ceza Dairesinin 14.03.2017 tarih ve 2017/14316 Esas ve 2017/7499 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 08.12.2005 tarih ve 2003/12837 Esas ve 2005/11624 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 11.04.2011 tarih ve 2011/3757 Esas ve 2011/4751 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10.06.2014 tarih ve 2012/1514 Esas ve 2014/312 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 08.09.2014 tarih ve 2014/1553 Esas ve 2014/17260 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 07.10.2009 tarih ve 2008/1710 Esas ve 2009/15748 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 15.12.2010 tarih ve 2009/12822 Esas ve 2010/20981 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 15.12.2010 tarih ve 2010/10480 Esas ve 2010/20911 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 9.Ceza Dairesinin 2013/16883 Esas ve 2013/2718 Karar sayılı kararı.

- Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 2012/2016 Esas ve 2012/28318 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 11.03.2014 tarih ve 2013/16883 Esas ve 2014/2718 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 29.05.2014 tarih ve 2013/16509 Esas ve 2014/6524 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 17.12.2012 tarih ve 2012/13441 Esas ve 2012/30482 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 20.01.2014 tarih ve 2013/11235 Esas ve 2014/745 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 11.03.2014 tarih ve 2013/13718 Esas ve 2014/6023 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 10.06.2014 tarih ve 2013/17615 Esas ve 2014/14203 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 10.02.2015 tarih ve 2015/1531 Esas ve 2015/2378 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 02.07.2012 tarih ve 2012/13207 Esas ve 2012/16578 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 07.12.2015 tarih ve 2015/1045 Esas ve 2015/19014 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 10.12.2012 tarih ve 2011/5612 Esas ve 2012/12703 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 05.04.2011 tarih ve 2010/14557 Esas ve 2011/2772 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 18.02.1998 tarih ve 1998/837 Esas ve 1998/1919 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 04.12.2014 tarih ve 2013/2354 Esas ve 2014/13817 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 27.02.2017 tarih ve 2014/6532 Esas ve 2017/965 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 08.05.2017 tarih ve 2015/12723 Esas ve 2017/4330 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 25.09.2012 tarih ve 2010/4119 Esas ve 2012/24644 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 23.12.2015 tarih ve 2015/2003 Esas ve 2015/19501 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 30.10.2014 tarih ve 2013/27947 Esas ve 2014/21434 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 20.11.1991 tarih ve 1991/10834 Esas ve 1991/11895 Karar sayılı kararı.

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

-Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 08.02.2018 tarih ve 2016/3467 Esas ve 2018/1220 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09.02.2016 tarih ve 2014/12-67 Esas ve 2016/45 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 15.03.2018 tarih ve 2016/5746 Esas ve 2018/2988 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 117.02.2004 tarih ve 2004/2-10 Esas ve 2004/40 Karar sayılı kararı.

-Danıştay 1. Dairesinin 08.02.2005 tarih ve 2005/13 Esas ve 2005/135 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 28.02.1985 tarih ve 1985/1412 Esas ve 1985/1368 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay. 13. Hukuk Dairesinin 04.02.2003 tarih ve 2002/12276 Esas ve 2003/1077 Karar sayılı kararı.

-Yargıtay. 5. Ceza Dairesinin 23/01/2012 tarih ve 2010/4417 Esas ve 2012/155 Karar sayılı kararı