



T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

TIBBİ MÜDAHALELER VE TAKSİRLE YARALAMA SUÇU

FUNDA YAYLA TÜRKYILMAZ

SAĞLIK HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN
Prof. Dr. AYŞE NUHOĞLU AYKUT

İSTANBUL, 2016

ÖNSÖZ

Yüksek lisans tezimin konusu “Tıbbi Müdahaleler ve Taksirle Yaralama Suçu”dur. Çalışmamın temelinde genel olarak sağlık mesleği mensubu kavramı, tıbbi müdahale kavramı, tıbbi müdahalenin çeşitleri ve hukuka uygunluk koşulları, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hakkın icrası, rıza ve aydınlatılmış onam kavramlarına değinildikten sonra, taksirle yaralama suçu, tıbbi müdahaleler açısından ele alınmış, sorumluluğun unsurları ve ceza hukuku boyutu irdelenmiştir.

Tezimin oluşturulmasında destek ve yardımlarını esirgemeyen, tez çalışmamın tüm aşamalarında bana her türlü desteği veren tez danışmanım, değerli hocam Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU AYKUT’a;

Tez çalışmamda maddi ve manevi desteklerini, yardımlarını, sevgilerini esirgemeyen, her zaman yanımda olan, beni cesaretlendiren ve desteğini benden hiçbir zaman esirgemeyen değerli hukukçu, babam Osman YAYLA’ya ve kıymetli annem Yüksel YAYLA’ya; tez çalışmamın değerlendirilmesinde katkıları ile benden yardımını esirgemeyen eşim Gökhan TÜRKYILMAZ’a sonsuz teşekkürler.

Eylül, 2016

Funda YAYLA TÜRKYILMAZ

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	x
ÖZET.....	1
ABSTRACT	2
GİRİŞ	3
BİRİNCİ BÖLÜM	
SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARI.....	7
1. SAĞLIK MESLEĞİ MENSUBU KAVRAMI.....	7
2. SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARINDAN HEKİM, DIŞ HEKİMİ, ECZACI, EBE, HEMŞİRE KAVRAMLARI, GÖREV VE YETKİ ALANLARI.....	8
2.1. Hekim.....	8
2.2. Diş Hekimi.....	9
2.3. Eczacı.....	12
2.4. Ebe	13
2.5. Hemşire.....	15
İKİNCİ BÖLÜM	
GENEL OLARAK TIBBİ MÜDAHALE	17
1. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI	17
2. TIBBİ MÜDAHALENİN KİŞİ HAKLARI ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ.....	20
2.1. Genel Olarak Kişilik Hakları	20
2.2. Yaşam Hakkı.....	21
2.3. Sağlık Hakkı.....	23
2.4. Vücut Bütünlüğü Hakkı.....	24
3. TIBBİ MÜDAHALELERİN SINIFLANDIRILMASI	25
3.1. Yapılış Yöntemine Göre Tıbbi Müdahaleler	25
3.1.1. Beden Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahaleler.....	25
3.1.1.1. Mutlak Olarak İyileştirme Amacına Yönelik Tıbbi Müdahaleler	26

3.1.1.2. Dolaylı Olarak İyileştirme Amacına Yönelik Tıbbi Müdahaleler	26
3.1.1.2.1. Doku ve Organ Nakilleri	26
3.1.1.2.1.1. Ölü Vericiden Organ Nakilleri.....	28
3.1.1.2.1.2. Canlı Vericiden Organ Nakilleri.....	29
3.1.1.2.2. Cinsel Faaliyete İlişkin Yapılan Tıbbi Müdahaleler	30
3.1.1.2.2.1. Kastrasyon (Hadım Etme).....	30
3.1.1.2.2.2. Sterilizasyon (Kısırlaştırma)	32
3.1.1.2.2.3. Cinsiyet Değişikliği	33
3.1.1.2.2.4. Gebeliğin Tıbben Sona Erdirilmesi.....	36
3.1.1.2.2.5. Yapay Döllenme	37
3.1.1.2.2.6. Embriyo Aktarmaları	38
3.1.1.3. Mutlak Olarak İyileştirme Amacına Yönelik Olmayan Tıbbi Müdahaleler	40
3.1.1.3.1. Estetik Müdahaleler	40
3.1.1.3.2. Elektif Olarak (İsteğe Bağlı Olarak) Gebeliğin Sona Erdirilmesi	43
3.1.1.4. İlaç Tedavileri	44
3.1.2. Beden Bütünlüğüne Yönelik Olmayan Tıbbi Müdahaleler	45
3.2. Tedavi Yönteminin Tıp Bilim ve Uygulanmasında Yerleşik Olup Olmamasına Göre Tıbbi Müdahaleler	46
3.2.1. Geleneksel Yöntemlerle Yapılan Tıbbi Müdahaleler	46
3.2.2. Yeni Yöntemlerle Yapılan Tıbbi Müdahaleler	46
3.2.2.1. Tedaviye Yönelik Araştırma Yöntemleri (Deneme).....	46
3.2.2.2. Deneysel Araştırmalar (Deney)	48
4. HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALENİN KOŞULLARI	50
4.1. Genel Olarak	50
4.2. Tıbbi Müdahalenin Tıp Mesleğini İcraya Kanunen Yetkili Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi	50
4.2.1. Tıbbi Müdahalenin Hekim Tarafından Gerçekleştirilmesi.....	51
4.2.1.1. Hekimlik Mesleğinin Şartları.....	53
4.2.1.1.1. Tıp Fakültesi Mezunu Olmak ve Hekimlik Diplomasına Sahip Olmak.....	53
4.2.1.1.2. Türk Tabipler Birliğine Kaydolmak	54

4.2.1.1.3. Hekimlik Mesleğinin İcrasında Geçici veya Sürekli Engel Bir Halin Bulunmaması	54
4.2.2. Tıbbi Müdahalenin Hekim Dışında Diğer Sağlık Çalışanları ve 3. Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi	55
4.3. Tıbbi Müdahalenin Kanunen Öngörölmüş Amaçlara Yönelik Olması	56
4.3.1. Teşhis	57
4.3.2. Tedavi	57
4.3.3. Hastalıktan Korunmak	58
4.3.4. Nüfus Planlaması	59
4.4. Tıbbi Müdahalenin Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş ilke ve Kurallara Uygun Olarak Yapılması	59
4.5. Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rıza Göstermesi	60

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN İLGİLİNİN RIZASI, AYDINLATILMIŞ ONAM VE HAKKIN KULLANILMASI	61
1. GENEL OLARAK	61
2. İLGİLİNİN RIZASI	62
2.1. Rıza Kavramı ve Kanuni Dayanakları	62
2.2. Rıza Şartları	63
2.2.1. Rıza Ehliyeti	63
2.2.2. Rıza Açıklaması ve Rızanın Şekli	67
2.2.3. Rızanın Konusu ve Kapsamı	68
3. AYDINLATILMIŞ ONAM	69
3.1. Aydınlatılmış Onam Kavramı ve Kanuni Dayanakları	69
3.2. Aydınlatılmış Onamın Kapsamı	72
3.3. Aydınlatmanın Zamanı	75
3.4. Aydınlatma Çeşitleri	76
3.4.1. Otonomi (Karar) Aydınlatması	76
3.4.2. Tedavi Aydınlatması	77
3.4.3. Risk Aydınlatması	78
3.5. Aydınlatmanın Şekli	78
3.6. Aydınlatma Zorunluluğunun Bulunmadığı Durumlar ve Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları	80

3.6.1. Acil Tıbbi Müdahaleler	81
3.6.2. Aydınlatmanın Olumsuz Etkide Bulunması	82
3.6.3. Aydınlatmadan Vazgeçme.....	83
3.6.4. Hastanın Bilgisinin Bulunması.....	84
3.6.5. Aydınlatmanın Gereksiz veya Uygulanamaz Hale Gelmesi	85
3.7. Aydınlatma Yükümlülüğü İhlalinin Sonuçları ve İspat Yükümlülüğü	85
4. HAKKIN KULLANILMASI.....	87

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TAKSİRLE YARALAMA SUÇU	96
-------------------------------------	-----------

1. GENEL OLARAK	96
------------------------------	-----------

2. SUÇUN MANEVİ UNSURU	97
-------------------------------------	-----------

2.1. Taksir Kavramı	97
----------------------------------	-----------

2.2. Mesleki Taksir Kavramı	98
--	-----------

2.3. Taksir Çeşitleri	99
------------------------------------	-----------

2.3.1. Basit Taksir /Bilinçsiz Taksir	99
---	----

2.3.2. Bilinçli Taksir	100
------------------------------	-----

2.3.3. Bilinçli Taksir ve Olası Kast Ayrımı	101
---	-----

2.4. Taksirin Unsurları.....	102
-------------------------------------	------------

2.4.1. Taksirle İşlenen Bir Suç Olması.....	102
---	-----

2.4.2. Hareketin İradi Olması	104
-------------------------------------	-----

2.4.2.1. Tıbbi Hata Kavramı	106
-----------------------------------	-----

2.4.2.2. Tıbbi Hata Türleri	108
-----------------------------------	-----

2.4.2.2.1. Teşhis/ Tanı Hataları	108
--	-----

2.4.2.2.2. Tedavi Hataları	112
----------------------------------	-----

2.4.2.2.3. Organizasyon Hataları	118
--	-----

2.4.2.2.4. Üstlenme Kusuru	120
----------------------------------	-----

2.4.2.2.5. Aydınlatma Hataları	121
--------------------------------------	-----

2.4.2.2.6. Hekimin Tıbbi Hatayı Hastaya Bildirme Yükümlülüğünün İhlali	122
---	-----

2.4.3. Neticenin İradi Olmaması.....	122
--------------------------------------	-----

2.4.4. Neticenin Öngörülebilir Olması	123
---	-----

2.4.5. Hareketle Netice Arasında Nedensellik Bağının Bulunması.....	124
---	-----

2.4.5.1. Üçüncü Şahsın Hareketi.....	126
2.4.5.1.1. Üçüncü Şahsın Kusurlu Hareketi	126
2.4.5.1.2. Üçüncü Şahsın Kusurlu Olmayan Hareketi.....	127
2.4.5.1.3. Mağdurun hareketi.....	127
2.4.6. Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi	128
3. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ MENFAAT	133
4. SUÇUN MADDİ UNSURLARI	133
4.1. Suçun Faili.....	133
4.2. Suçun Mağduru	133
4.3. Suçun Konusu	134
4.4. Yaralama Kavramı ve Yaralama Suçunun Temel Şekli.....	135
4.4.1. Fiil.....	136
4.4.2. Netice.....	136
4.5. Taksirle Yaralama Suçunun Nitelikli Halleri.....	138
4.5.1. Birden Fazla Kişinin Yaralanması.....	138
4.5.2. Neticesi Sebebi İle Cezanın Ağırlaştırılmasını Gerektiren Türk Ceza Kanunu'nun 89/2. maddesinde Düzenlenen Haller.....	139
4.5.2.1. Duyu veya Organlardaki Birinin Sürekli İşlev Zayıflığı ..	139
4.5.2.2. Vücutta Kemik Kırığının Oluşması	141
4.5.2.3. Konuşmadaki Sürekli Zorluk	141
4.5.2.4. Yüzde Sabit İz.....	142
4.5.2.5. Yaşamı Tehlikeye Sokan Durum	143
4.5.2.6. Gebe Bir Kadının Çocuğunun Vaktinden Önce Doğması	143
4.5.3. Netice Sebebi İle Cezanın Ağırlaştırılmasını Gerektiren Türk Ceza Kanunu'nun 89/3. maddesinde Düzenlenen Haller.....	143
4.5.3.1. İyileşme Olanağı Bulunmayan Bir Hastalığa veya Bitkisel Hayata Girme.....	144
4.5.3.2. Duyu veya Organlardan Birindeki İşlev Yitimi.....	144
4.5.3.3. Konuşma ya da Çocuk Yapma Yeteneklerinin Kaybolması	145
4.5.3.4. Yüzündeki Sürekli Değişim	146
4.5.3.5. Gebe Bir Kadının Çocuğunu Düşürmesi	147
5. TAKSİRLE YARALAMA SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ... 147	
5.1. Teşebbüs	147

5.2. İştirak.....	148
5.3. İçtima	149
6. SORUŞTURMA, KOVUŞTURMA, YAPTIRIM, ZAMANAŞIMI	150
6.1. Soruşturma, Kovuşturma	150
6.2. Yaptırım	154
6.3. Zamanaşımı.....	156
SONUÇ.....	157
KAYNAKLAR	161



KISALTMALAR

AIHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	Anayasa
bkz	Bakınız
C	Cilt
CD	Ceza Dairesi
CGK	Ceza Genel Kurulu
CGTİHK	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
E	Esas
HHK	Hususi Hastaneler Kanunu
HHY	Hasta Hakları Yönetmeliği
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
K	Karar
Md	Madde
NPHK	Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
ODNK	Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun
RG	Resmi Gazete
S	Sayı
s	Sayfa
TCK	Türk Ceza Kanunu
TDN	Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TDKS	Türk Dil Kurumu Sözlüğü
TMK	Türk Medeni Kanunu
TŞSTDK	Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTBK	Türk Tabipler Birliği Kanunu
TUT	Tıpta Uzmanlık Tüzüğü
ÜYTE	Üremeye Yardımcı Tedavi
WHO	World Health Organisation (Dünya Sağlık Örgütü)
Y	Yargıtay
YSS	Yüksek Sağlık Şurası

ÖZET

Tıbbi müdahale, sağlığı korumak ve sürdürmek gibi bir amaca dayalı olsa da, esasında kişilik haklarına sahip bir varlık olan insanın vücut bütünlüğüne yönelmektedir. Kural olarak, insan sağlığına ve vücut bütünlüğüne yönelen her türlü müdahale, kişilik haklarının hukuka aykırı olarak ihlali sayılır. Ancak tıbbi müdahaleler, bazı koşulların varlığına bağlı olarak hukuka uygun sayılmaktadırlar.

Mesleği gereği kişinin vücut bütünlüğüne müdahalede bulunan hekimin, mesleğini yerine getirebilmek için tıbbi yeterliğinin yanı sıra, tıbbi müdahaleleri hukuksal açıdan eksiksiz ve hatasız yapması gerekir. Hekim hatalı, dikkatsiz, özensiz ve acemi davranışlarıyla hastanın yaralanmasına yol açabilmektedir. Hekimlik mesleğinin çalışma alanı insan vücudu olduğundan hekim, olumsuz sonuçları önlemek bakımından, hastaya tıbbi müdahalede bulunurken azami ölçüde dikkatli ve özenli hareket etmekle yükümlüdür. Hekime yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması hekimin taksirden doğan cezai sorumluluğunun temelini oluşturur.

Hekim ve diğer sağlık çalışanlarının tıbbi müdahaleden kaynaklanan taksirle yaralama nedeni ile cezai sorumluluğu, suçun unsurlarının gerçekleşmesi halinde mevcuttur. Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan sebepler; tıbbi müdahalelerin yetkili kişiler tarafından yapılması, uygulanacak tıbbi müdahalenin kanunen öngörülmüş bir amaca yönelik olması, tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olarak yapılması ve en önemlisi yapılacak tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi ve onam vermesidir. Bunun dışında hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar ise aydınlatılmış hastanın rızası ve hakkın icrasıdır.

Anahtar Sözcükler: Hekim, tıbbi müdahale, taksirli sorumluluk, taksirle yaralama.

ABSTRACT

Despite the fact that the purpose of medical intervention is protection and continuation of health, in reality it interferes with human rights and bodily integrity. As a rule, any kind of intervention to human health and body integrity is violation of personal rights and considered as unlawful. However, medical interventions, depending on certain circumstances are treated in accordance with the law.

Physicians that interfere with person's body because of their profession, not only should have the medical qualifications but also should perform any medical assistance in completion and without any errors from the legal perspective. Physicians mistakes, careless behaviour or lack of experience may cause injury to the patients. Since the focus of medical profession is human body, physicians are obligated to act with utmost care and attention during medical intervention to prevent any negative consequences. Not fullfilling this requirement of utmost care and attention is the base of criminal liability as a result of physcian negligence.

Physicians and other health professionals have criminal liability as a result of negligence during medical intervention when the elements of the crime are realized. Negligence is the accomplishment of the result of a legally defined crime without envisaging this due to a lack of prudence and diligence. Conditions that make medical intervention lawful are: medical intervention should be performed by aothorized proffessions; the purpose of medical interference should be defined by the law; should be implemented based on generally accepted principles and rules of medicine; and most importantly should be performed with the consent and authorization of the patient. Conditions that lifts the illegality are; the consent of informed patient and the enforcement of right.

Keywords: Physician, Medical Intervention, Negligence Liability, Negligence Injury

GİRİŞ

Yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü gibi temel haklar, her insanın insan olması sebebi ile sahip olduğu, vazgeçilemez, devredilmez haklardandır. Söz konusu haklara gerek ulusal, gerekse uluslararası birçok düzenlemede yer verilmiştir. Bu haklar, 1982 Anayasa'sının 17. ve 56. maddelerinde güvence altına alınmıştır. Bu haklara müdahale, ancak kanunen belirlenmiş şartların oluşması durumlarında mümkündür.

Tıbbi müdahale; tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder. Tıbbi müdahale niteliği taşıyan fiiller, kanuni düzenlemelerde yerini almış meşru faaliyetlerdir. Tıbbi müdahale, sağlığı korumak ve sürdürmek gibi bir amaca yönelik de olsa, kişilik sahibi bir varlık olan insanın vücut bütünlüğüne yönelmektedir. Kural olarak, insan sağlığına ve vücut bütünlüğüne yönelen her türlü müdahale, kişilik haklarının hukuka aykırı olarak ihlali sayılır. Başta hekimler olmak üzere diğer sağlık mesleği mensubu kişiler tarafından yapılan tıbbi müdahaleler, bazı koşulların varlığına bağlı olarak hukuka uygun sayılabilirler. Bu koşullar; müdahalenin tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi, kanunen öngörölmüş amaçlara yönelik olması, tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olarak yapılması, hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesi, hastanın bilgilendirilmesi, aydınlatılması ve tıbbi müdahaleler için hastanın onayının alınmasıdır.

Hekimler ve diğer sağlık mesleği mensupları mesleklerini icra ederken hastanın ruh ve beden bütünlüğü üzerinde etkili fiillerde bulunmaktadır. Hastanın eski sağlığına kavuşması, hastalıkların önlenmesi, teşhisi, tedavisi ve vücut bütünlüğü ile ilgili diğer istenmeyen durumların ortadan kaldırılması amaçları ile yapılan tıbbi müdahaleler sırasında veya sonrasında bazen olumsuz durumlar ortaya çıkabilmektedir. Meydana gelen bu olumsuz sonuçlardan dolayı da müdahaleyi icra edenlerin cezai, tazminat, disiplin sorumluluğu gündeme gelmektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinde sağlık personeli kavramı oldukça geniş kapsamda tanımlanmıştır. Tıbbi müdahaleler açısından sağlık personeli kavramı ise “İnsanların sağlığını korumak ve geliştirmek, hastalıkları tanı ve tedavi etmek, ruhen, beden ve

sosyal yönden tam bir iyilik halinin oluşturulmasını ve devamını sağlamak amaçlarıyla, doğrudan çalışan kişiler” olarak tanımlanmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 280. maddesi sağlık mesleği mensubu kavramına değinmiş ve bu kapsamda “tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin” bulunduğunu belirtmiştir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabat Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile bir kısım sağlık mesleği mensuplarının yetkileri düzenlenmiştir. 1219 sayılı Kanuna 6225 sayılı Kanunu’nun 9. maddesi ile eklenen ek 13. maddesinde, kanunda daha önce tanımlanmayan bazı yeni sağlık mesleği mensuplarına ve görev tanımlarına yer verilmiştir. EK- madde 13’te sayılan meslek grubundaki kişilerin mesleklerini yapabilmeleri, hekimlerde olduğu gibi bazı koşullara tabi tutulmuştur. Bu koşulların neler olduğu ilgili kanunlarda detaylı olarak düzenlenmiştir. Bu kişiler ancak ilgili mevzuatta yer alan tıbbi müdahaleleri, gösterilen sınırlar içerisinde yapabilmektedirler. Sağlık personelinin hukuka uygun tıbbi müdahalede bulunabilmesi, somut olayda ilgili mevzuatın izin verdiği ölçüde, yetki ve aldığı eğitim doğrultusunda olmalıdır. Aksi durumda yapılan müdahale hukuka aykırı hale gelecek ve bu kişilerin sorumluluğu doğabilecektir.

Türk Ceza Kanunu’nda suçlar kural olarak kasten işlenir. Taksirli sorumluluk, istisnai bir sorumluluk olup ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır. Taksirle yaralama suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Bölümünde ve “Taksirle Yaralama” başlıklı 89. maddesinde düzenlenmiştir. Taksirle yaralama suçu; kasten yaralama suçundan bağımsız bir suç olup, fail yaralama sonucunun meydana gelmesini istememekte; ancak göstermesi gereken objektif dikkat ve özeni göstermediği için bu netice meydana gelmektedir.

Tıbbi müdahalelerin neden olduğu ceza sorumluluğunun temeli tıbbi hatalardır. Tıbbi hatalar, doktrin ve uygulamada tıpta kötü uygulama, tıbbi uygulama hatası, malpraktis olarak da adlandırılmaktadır. Tıbbi hata genel bir tanımlama olarak tüm sağlık mesleği mensuplarını kapsayacaktır. Tezimin konusu “Tıbbi Müdahaleler ve Taksirle Yaralama Suçu” olmakla birlikte, bu konunun kapsamının çok geniş olması nedeni ile tezimde sağlık mesleği mensubu kavramına ve sağlık mesleği mensuplarından hekim, diş hekimi, eczacı, ebe, hemşire kavramları ile bunların görev ve yetki alanlarına,

kısaca sorumluluklarına değinilmiş, ancak detaylı olarak hekimin tıbbi müdahalesi çerçevesinde işlenen taksirle yaralama suçları üzerinde çalışılmıştır.

Hekimin ve diğer sağlık mesleği mensuplarının tıbbi hatalardan kaynaklanan sorumluluğu çoğunlukla taksir sorumluluğudur. Ceza Hukukunda kasıt ve taksir olmak üzere iki türlü sorumluluk söz konusu olabilir. Hekimin ve diğer sağlık mesleği mensuplarının tıbbi hatalarında ise kasıttan değil, taksirden bahsedilir. Tıbbi uygulamalardaki kusur çeşitleri dikkatsizlik, tedbirsizlik, özensizlik, meslek ve sanatta acemilik, emir ve talimatlara uymamaktır.

Tıbbi müdahale nedeni ile meydana gelen yaralama halinde hekim ve diğer sağlık mesleği mensuplarının sorumluluklarının anlaşılabilmesi, tıbbi müdahale fiillerinin suç oluşturması gerekli unsurların bilinmesi ile mümkündür. Her tıbbi hata ceza sorumluluğunun doğmasına neden olmaz. Öncelikle değerlendirilmesi gereken husus, taksirli davranışın bir suç tipini ihlal edip etmemesidir. Hekimin ve diğer sağlık mesleği mensuplarının sorumluluğu alanında, hukuken bir denge kurmak, var olan sorunların çözümüne yardım edecektir.

“Tıbbi Müdahaleler ve Taksirle Yaralama Suçu” isimli tez çalışmam dört ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde sağlık mesleği mensubu kavramına ve sağlık mesleği mensuplarından hekim, diş hekimi, eczacı, ebe, hemşire kavramları ile bunların görev ve yetki alanlarına kısaca değinilmiştir.

Çalışmamın ikinci bölümünde; tıbbi müdahalenin tanımından yola çıkarak, tıbbi müdahalenin kişi hakları üzerindeki etkileri açıklanmış, tıbbi müdahalelerin çeşitlerine değinilmiş, sonrasında hukuka uygunluk nedenleri tıbbi müdahaleden doğan taksirle yaralama suçu bakımından incelenmiş ve hukuka uygun tıbbi müdahalenin koşullarından detaylıca bahsedilmiştir.

Üçüncü bölümde, hukuka aykırılık kavramı, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran ilgilinin rızası, aydınlatılmış onam ve hakkın kullanılması konularına değinilmiştir.

Son olarak tezimin, “Taksirle Yaralama Suçu” başlığı altında olan dördüncü bölümünde, suçun manevi unsuru olan taksir kavramı, taksirin çeşitleri, taksirin unsurları, tıbbi hata kavramı ve çeşitleri, suçla korunan hukuki yarar, suçun maddi

unsurları ele alınmış ve suçun hukuki konusu, fail-mağdur kavramları ile nedensellik bağından bahsedilmiştir. Yine bu bölümde taksirle yaralama suçunun nitelikli halleri, suçun özel görünüş şekilleri ile bu suça ilişkin soruşturma, kovuşturma, yaptırım ve zamanaşımı konularına değinilmiştir.

Tezimin sonuç bölümünde ise çalışmama ait konu genel hatları ile özetlenmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARI

1. SAĞLIK MESLEĞİ MENSUBU KAVRAMI

Sağlık personeli, sağlık çalışanı, sağlık mesleği mensubu kavramları eş kavramlardır. Tıbbi müdahaleler hekim dışında sağlık alanında hizmet veren, sağlık görevlilerince de yerine getirilebilir. Tıbbi müdahalenin hekim dışında kalan diğer kişiler tarafından gerçekleştirilmesinin hukuka aykırı olmaması için yetkili bir sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmiş olması gereklidir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinde (HHY) personel tanımı yapılmıştır¹. Yönetmeliğin 4. maddesinin 3. bendinde sağlık personeli oldukça geniş kapsamda tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya göre sağlık personeli kavramı içerisinde hekim, diş hekimi, sağlık memuru, hemşire, ambulans şoförü, hastane temizlikçisi, tıbbi sekreter vs. kişiler girmektedir.

Tıbbi müdahaleler açısından sağlık personeli kavramı ise “İnsanların sağlığını korumak ve geliştirmek, hastalıkları tanı ve tedavi etmek, ruhen, beden ve sosyal yönden tam bir iyilik halinin oluşturulmasını ve devamını sağlamak amaçlarıyla, doğrudan çalışan kişiler” olarak tanımlanmıştır. İnsan sağlığına hizmet etmek maksadı ile doğrudan insan üzerinde mesleki uygulamalarda bulunanlar ile bu kişilere teknik tıbbi destek sağlayan yardımcı, sağlık mesleği mensuplarıdır. Hekim, diş hekimi, ebe, hemşire, sağlık memuru, eczacı, fizyoterapist vb. kimseler sağlık mesleği mensubu kavramı içerisinde örnek olarak gösterilebilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 280. maddesi ile de sağlık mesleği mensubu kavramı kapsamında; “tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler” bulunduğu değerlendirilmiştir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabat Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile bir kısım sağlık mesleği mensuplarının yetkileri düzenlenmiştir. 1219 sayılı Kanuna 6225 sayılı

¹ RG.01.08.1998- 23420

Kanunu'nun 9. maddesi ile eklenen EK 13. maddesinde,² kanunda daha önce tanımlanmayan bazı yeni sağlık mesleği mensuplarına ve görev tanımlarına yer verilmiştir. Bu meslek grubundaki kişilerin (EK- madde 13'te sayılan) mesleklerini yapabilmeleri, hekimlerde olduğu gibi bazı koşullara tabi tutulmuştur. Bu koşulların neler olduğu ilgili kanunlarda detaylı olarak düzenlenmiştir. Bu kişiler ancak ilgili mevzuatta yer alan tıbbi müdahaleleri, gösterilen sınırlar içerisinde yapabilmektedirler. Sağlık personelinin hukuka uygun tıbbi müdahalede bulunabilmesi, somut olayda ilgili mevzuatın izin verdiği ölçüde, yetki ve aldığı eğitim doğrultusunda olmalıdır.

2. SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARINDAN HEKİM, DIŞ HEKİMİ, ECZACI, EBE, HEMŞİRE KAVRAMLARI, GÖREV VE YETKİ ALANLARI

2.1. Hekim

Hekim, tıp mesleğini icra ile kanunla yetkili kılınmış olan kişidir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun (TŞSTİDK) 1. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır" denilmiş olup, tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilme yetkisinin hekime ait olduğu ifade edilmiştir. Aynı Kanuna 6225 sayılı Kanun ile eklenen 13/2. maddesinde "Tabipler ve dış tabipleri dışındaki sağlık meslek mensupları hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunarak tedavi planlayamaz ve reçete yazamaz" denilmiştir.

1219 sayılı TŞSTİDK'nun 3. maddesi ile önemli cerrahi girişimlerin yalnızca bu dalda uzman olan hekimler tarafından yapılabileceği; olağan, basit girişimlerin diğer

² 6225 sayılı Kanun Madde 9:11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda: klinik psikolog, fizyoterapist, odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, anestezi teknisyeni/teknikeri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbi görüntüleme teknisyeni/teknikeri, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknisyeni/teknikeri, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, odyometri teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapi teknikeri, perfüzyonist, radyoterapi teknikeri, eczane teknikeri, iş ve uğraşı terapisti (ergoterapist), iş ve uğraşı teknikeri (ergoterapi teknikeri), elektronöro fizyoloji teknikeri ve mamografi teknikerinin görev ve tanımları ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

hekimlerce de icra edilebileceği; acil tıp teknikerlerinin acil tıbbi yardım ve bakımla sınırlı olarak tıbbi girişimlerde bulunabileceği belirtilmiştir. Yine aynı kanun EK 13. maddesi ile sağlık mesleği mensuplarının teşhis ve tedavi amacıyla tıbbi girişimlerde bulunamayacakları belirtilmiştir.

Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'te de tabip ve uzman tabip görev tanımı yapılmıştır.

1219 sayılı TŞSTİDK'nun 25. madde hükmü ile tıbbi müdahalelerin yetkisiz kişiler tarafından yapılmasını önlemek ve böylece kişilerin yaşama ve vücut bütünlüklerine ilişkin haklarının korunması amaçlanmıştır. Aynı Kanununun 26. maddesi ile; "Bu Kanunun ahkâmına tevfikân icrayı sanat salahiyeti olmayan veya her ne suretle olursa olsun icrayı sanattan memnu bulunan bir tabip sanatını icra ederse, beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verileceği" belirtilmiştir. Bu kanun hükümlerine göre hekimlik yapma yetkisi olmayan veya hekimlik yapmaktan yasaklanmış olan bir hekim, hekimlik yaptığı takdirde idari para cezası ile cezalandırılacaktır.

2.2. Diş Hekimi

Diş hekimisi ağız, diş sağlığı ve tedavisi ile yetkili hekimdir. Diş hekimisi tıp mesleği mensubudur ve hekim sıfatını taşımaktadır. Diş hekimlerinin yetki alanları ve çalışma şartları 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının tarzi İcrasına Dair Kanununun 29 - 46. maddelerinde düzenlenmiştir.

1219 sayılı TŞSTİDK'nun 29. maddesinde³ diş hekiminin insan sağlığına ilişkin olarak, dişlerin, diş etlerinin ve bunlarla doğrudan bağlantılı olan ağız ve çene dokularının sağlığının korunması, hastalıklarının ve düzensizliklerinin teşhisi, tedavisi ve rehabilite edilmesi ile ilgili her türlü mesleki faaliyeti icra etmeye yetkili oldukları belirtilmiştir.

³ RG.14.04.1928 - 863 (Değişik: 11/12/2010-6088/1 md.)

Diş hekimini faaliyet gösterebilmek için Türk vatandaşı olmak, diş hekimliği fakültesi diplomasına sahip olmak yani TŞSTİDK'nun 30. maddesi hükmü gereğince Türk üniversitelerinin diş hekimliği fakültelerinden alınmış bir diploma aranmaktadır. Ayrıca 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanununda⁴ belirtildiği üzere Diş Hekimleri Odasına kayıt yaptırmış olmak gerekmektedir. Türkiye'de görev yapan diş hekimlerinin tabi olduğu Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu diş hekimlerinin meslek örgütlerinin kuruluşu ile, mesleki etik ve sorumluluklarını düzenlemektedir. Kanun hem diş hekimlerinin odaya, hem odanın diş hekimlerine karşı hak ve ödevlerini düzenlerken, diğer yandan mesleki ve etik ilkelere uyulmaması durumunda oda tarafından uygulanabilecek yaptırımları da düzenlemektedir⁵.

1219 sayılı Kanunun 31. maddesinde yabancı ülkelerde eğitim alan Türk diş hekimlerinin Türkiye'de mesleklerini icra edebilmeleri için gerekli olan şartlar belirtilmiştir⁶.

Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'te diş hekimlerinin görev tanımı yapılmıştır⁷.

Diş hekimleri hekim sıfatını taşımaktadırlar dolayısı ile ilerideki bölümlerde değinilecek olan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk koşulları, sorumluluklar, aydınlatma yükümlülükleri konusunda yapılacak olan açıklamalar diş hekimleri için de geçerlidir. Diğer bir anlatımla diş hekimlerinin tıbbi müdahalelerinin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için endikasyonun varlığı, hastanın bilgilendirilmiş rızasının alınması, tıp bilimi ve mesleğinin standartlarına uygun girişimde bulunulması gerekmektedir⁸. Belirtilen şartlardan birisine aykırılık diş hekimlerinin sorumluluğunu gerektirecektir. Örneğin tıbbi endikasyon bulunmadığı halde, hastanın dişlerini çekmek ya da dikkatsiz ve özensiz davranışla hastanın dişini çekmek veya diş eti ile

⁴ RG.25.06.1985-18792

⁵ AYKIN, Aykut Cemil; ÇINARLI, Serkan, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2016, s.45.

⁶ Değişik: RG. 07.06.1935 - 2764/2md.

⁷ RG. 22.05.2014-29007

⁸ TAHSİN, Gökcan, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.436.

ilgili cerrahi girişim sırasında çene ağız yapısına zarar vermek diş hekimlerinin sorumluluğuna yol açar.

Diş hekimleri tedavi sonucunu mutlak olarak garanti edemez. Diş hekimleri tıp bilimi ve mesleğinin standartlarını özenle uygulamasına rağmen tedavi başarısız olursa bundan dolayı diş hekimlerinin sorumlulukları doğmaz. Diş hekimleri de hekimler gibi tıbbi müdahaleden önce hastasını yapacağı tıbbi müdahale konusunda bilgilendirerek hastasının rızasını almalı, tedavide özenli davranmalı, tıp bilimi ve mesleğinin standartlarını özenle davranmakla yükümlüdür. Diş veya ağız tedavisi sırasında bilgi, beceri eksikliği ya da dikkatsiz veya özensiz kusurlu davranışlarla hastaya verilen zararlar dolayısı ile diş hekimlerinin sorumlulukları doğar.

Analjezik olarak ‘‘aspirin’’ önerilecek çocuğun viral enfeksiyon geçirip geçirmediğinin araştırılmaması, dental işlem öncesi anestezi yapılan çoğu çocuk işlem sonrası ağrı duymadığından dudak ya da yanağını ısırabilmekte, buna bağlı olarak da travmatik ülserler meydana gelmektedir. Bu nedenle anestezi yapıldıktan sonra anestezi yapılan bölgeye bir spanç konmaması hekim kusurudur. Diş çekilmesi sırasında çene kemiğinin kırılması ağır hatadır. Küçük aletlerin kullanılması sırasında gerekli tedbirleri almayı ihmal eden diş hekimi, bu tedbirlerin işi zorlaştırması ve zaman kaybına yol açması dolayısıyla pratikte alınmaması yaygın uygulama olmuş olsa bile hatalı davranmıştır. Diş hekiminin hastanın diş, dolgu vb. şeyleri yutmasını veya nefes borusuna kaçmasını engelleyecek tedbirleri almaması halinde de taksiri söz konusudur. Diş hekiminin meslekte acemilik göstererek hastanın 3 adet dişini fazladan çekmesi tıbbi hataya işaret eder. Hekimin güncel tıbbi uygulamaması, tıbbi standardı takip etmemesi de tıbbi hata olarak kabul edilmektedir. Diş hekiminin tıbbi hatalardan dolayı tazminat, ceza ve disiplin sorumluluğu bulunmaktadır.

Diş hekimlerinin mesleki faaliyet yetkileri ağız, diş ve çene sağlığı ile sınırlıdır. Diş hekimleri genel hekimlik alanında faaliyet gösteremezler. Bu alanlarda yapacakları tıbbi girişimler yetkisiz kişinin tıbbi müdahalesi olarak kabul edilir ve diş hekimlerinin cezai ve hukuki sorumlulukları doğar. Buna ilişkin yaptırımlar 1219 sayılı TŞSTİDK ile 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunuda (Değişik fıkra: 5728 s. K. - 8.2.2008-26781) düzenlenmiştir.

2.3. Eczacı

6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un⁹ 1. maddesinde: "Eczacılık; hastalıkların teşhis ve tedavisi ile hastalıklardan korunmada kullanılan tabii ve sentetik kaynaklı ilaç hammaddelerinden değişik farmasötik tipte ilaçların hazırlanması ve hastaya sunulması; ilacın analizlerinin yapılması, farmakolojik etkisinin devamlılığı, emniyeti, etkinliği ve maliyeti bakımından gözetimi; ilaçla ilgili standardizasyon ve kalite güvenliğinin sağlanması ve ilaç kullanımına bağlı sorunlar hakkında hastaların bilgilendirilmesi ve çıkan sorunların bildirimini yapılmasına ilişkin faaliyetleri yürüten sağlık hizmetidir" denilerek eczacılık mesleğinin tanımı yapılmış, aynı kanunun 2. maddesinde eczacılık mesleğinin yapılabilmesi için gerekli koşullar düzenlenmiştir. Kanun gereği sağlık hizmeti sayılan bir mesleği icra etmesi dolayısı ile eczacı sağlık mesleği mensubu sayılmaktadır.

Türk vatandaşı olmak, Türkiye'de eczacılık fakültesinden mezun olmak, diploması Sağlık Bakanlığı'na onaylanmış olmak eczacılık mesleğinin yapılabilmesi için gerekli koşullardır.

Serbest olarak eczacılık yapmak isteyenlerin buldukları ilin eczacılar odasına kayıt yaptırmaları zorunludur. 25.1.1956 tarihli 6643 sayılı "Türk Eczacılar Birliği Kanunu" ile birlik ve odaların faaliyetleri düzenlenmiştir.

"Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'te" eczacıların görev tanımı ayrıntılı olarak yapılmıştır.

Eczacılık mesleği, hekim tarafından yazılan reçeteye ve bilim kurallarına uygun olarak ilacın¹⁰ imali veya hazır ilacın hastaya teslimi, ilacın kullanılması ile ilgili hususlarda hastayı bilgilendirme konusuyla sınırlı olarak sağlık hizmeti yapmakla yükümlüdür. Yoksa eczacı teşhis ve tedavi amacı ile faaliyet icra edemez. Hasta muayene edemez. Hastaya kendiliğinden ilaç öneremez. Bu tür tıbbi hizmetler konusunda hekim

⁹ RG. 24.12.1953-8591

¹⁰ İlaç ve biyolojik ürünlerin klinik araştırmaları hakkında yönetmelikte İlaç veya beşeri tıbbi ürün: "Hastalığı önlemek, teşhis etmek veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal, sentetik veya biyoteknoloji kaynaklı etkin maddeyi veya maddeler kombinasyonunu" şeklinde tanımlanmıştır.

yetkilidir. Reçetesiz satılmasında sakınca bulunmayan ilaçları, reçete olmaksızın talep üzerine verilmesinde eczacının bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

Eczacıların meslek ilkeleri ve meslek etiği “Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü”nde düzenlenmiştir¹¹. Tüzüğün 3. maddesinde eczacıların, reçeteye göre ilaçların hazırlanması veya imal edilmesinde azami dikkat ve özeni göstermekle yükümlü oldukları belirtilmiştir. Tüzüğün 5. maddesinde “Eczacı, hekimin iznini almadan yazılan ilaçtan başkasını veremez ve hekimin isteği dışında hastaya veya hastanın yakınlarına tavsiyede bulunmaz” denilmiştir. Eczacının dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeni ile meydana gelen zarardan sorumluluğu doğacaktır.

Eczacılar, hastaya ait sırları ve kişisel verileri korumakla yükümlüdürler. Eczacılar, hastaya hekimin yazdığı ilaçtan başkasını veremezler. Hasta veya yakınına hekimin isteği dışında tavsiyede bulunamazlar. Eczanelerde hazırlanmak üzere bırakılan reçetelerin, yazan tabip ile sahibi olan hastadan veya hastanın yakınından başkasına gösterilmesi, aslının ya da kopyasının verilmesi yasaktır. Bu yükümlülükler eczacının yardımcıları için de geçerlidir. Zira yardımcıların kasıt ya da taksirli davranışından eczacı da sorumlu tutulur. Örneğin, eczacının günü geçmiş olduğu için imha edilmek üzere ayırdığı ilacın, yardımcısı tarafından hata ile hastaya verilmesi durumunda, eczacının özensiz davranışı nedeni ile taksire dayalı sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bunun dışında eczacının meslek yetki ve sınırını aşan hukuka aykırı nitelikteki tıbbi müdahaleleri, yetkisiz kişinin tıbbi müdahalesi olarak kabul edilir ve bu nedenle eczacının sorumluluğu doğacaktır¹².

2.4. Ebe

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 133. maddesinde¹³ ebelerin tanımı yapılmış olup aynı maddede ebelerin görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Madde metninde de ifade edildiği üzere ebeler, sağlık meslek okulu mezunu, doğum ve doğum kontrolü ile ilgili kendisine düşen görevleri yapabilecek yeteneklere sahip, gerekli

¹¹ RG. 27.07.1968-12961

¹² GÖKCAN, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s.481.

¹³ RG.13.01.1983- 17927 Mük.

kursları görmüş yardımcı sağlık personelidir. Kurumlarda doğum işleriyle vazifelendirilmiş ebeler, müracaat eden kadınların fenni olarak doğuma hazırlanmaları için yetkileri dahilinde her türlü tedbirleri alır ve hazırlıkları yaparlar. Meslek ve sanatlarının gerektirdiği şekilde ana ve çocuğu muayene ederler. Özellikle çocuk kalp seslerini yakından izler, müşahadelerine yazarlar. Gerekli gördükleri hallerde her türlü jenikal muayeneleri de yaparlar, müşahadelerini bir not halinde de yazarak tespit ederler ve doğumun seyrini dikkatle ve sürekli bir şekilde izlerler. Normal doğumları kendileri yaparlar. Doğum güçlükleri veya arızaları mevcut olan veya durumunu kesin olarak tespit edemedikleri vakaları uzman tabibe derhal haber verirler. Doğan çocukların fiziksel muayenesi, göbeğinin kesilip bağlanması, gereken tedbirlerin alınması gibi tıbbi müdahaleler de ebelerin görevleri arasındadır. Ebeler yaptıkları işlemlerle ilgili olarak not alıp, kayıt tutmakla yükümlüdürler.

Ebe ve ebe hemşireler, bu asli görevleri yanında hemşirelerin gördükleri hizmetleri de görmek ve kurumlarda onların uymak zorunda bulunduğu hükümlere uymakla yükümlüdürler. Bu görevleri dışında aile planlaması kursu görmüşlerse ailelere doğum kontrolü ile ilgili her türlü bilgiyi vermekle yükümlüdürler.

1219 sayılı Kanunda ebelerin hekimin yardımcısı oldukları, doğum için hekime haber vermeleri gerektiği, reçete yazamayacakları ancak çiçek aşını yapabilecekleri ifade edilmiştir.

Ayrıca “Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik’te de ebelerin görev tanımı yapılmıştır. Ayrıca, ebelerle ilgili düzenlemeler; 2827 sayılı Nüfus Planlaması hakkında Kanun (Madde:3)¹⁴ve Yönetmeliği¹⁵ (Madde:13-16), 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu¹⁶ (Madde:13) ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Plot Uygulaması Hakkında Kanunda¹⁷(Madde:2) yer almaktadır.

¹⁴ RG. 27.05.1983-18059

¹⁵ RG. 06.10.1983-18183

¹⁶ RG. 05.06.1933-2419

¹⁷ RG. 09.12.2004-25665

Tıbbi müdahalede bulunması nedeni ile ebeler de müdahale ile ilgili olarak hukuka uygunluk şartları çerçevesinde hareket etmek zorundadırlar. Aksi takdirde yetkileri dışında müdahalede bulunmaları, sorumluluklarına neden olacaktır.

2.5. Hemşire

Hasta sağlığı ve bakımı ile ilgili sağlık mesleğini icra eden kişidir. 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nun¹⁸ 1. maddesinde (Değişik: Kanun No. 5634 RG. 02.05.2007-26510) hemşirelerin lisans eğitimi veren fakülte veya yüksekokul mezunu olması koşulu aranmaktadır.

Aynı Kanunun 4. Maddesinde (Değişik: Kanun No. 5634 RG: 02.05.2007-26510) hemşirelerin mesleki yetkileri belirlenmiştir.

6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nun 8. maddesi ile de hemşirelerin meslekleri ile ilgili lisansüstü eğitimi alarak uzman hemşire sıfatı ile çalışabilecekleri düzenlenmiştir.

Hemşirelik Yönetmeliğinde¹⁹ Hemşirelik hizmetlerinin kapsamı (Madde 5), Hemşirelerin görev, yetki ve sorumlulukları (Madde 6), Uzman hemşirenin görev ve yetkileri (Madde 7) düzenlenmiştir.

Hemşire, hasta ile tıbbi ve psikolojik bakımından devamlı ilgilenebilecek yapıda ve yetenekte sağlık meslek lisesi mezunu yardımcı sağlık personelidir. Kurumun yatak adedi azaltılmamak kaydıyla isteyen hemşireler gerek görüldüğü takdirde baştabib izniyle kendilerine ayrılan yerlerde topluca kalabilirler. Bu takdirde kahvaltı, öğle ve akşam yemekleri kurumca sağlanır. Hemşireler servislerindeki hastane hizmetlilerinin hizmette birinci derecede amiridir. Hemşireler sabah çalışmasına, kurumun hasta odalarının ve hastaların genel temizliğini yaptırmakla başlarlar. Hastaların hal ve hatırlarını sorar, derecelerini alır, nabız ve teneffüslerini sayar, derece kağıtlarına teneffüslerini çizerler. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği 132. maddesinde hemşirelerin görev ve yetkileri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

¹⁸ RG. 02.03.1954-8647

¹⁹ RG. 08.03.2010-27515

Hemşirelerin temel görevleri, hekim tarafından belirlenen tedaviyi tıbbi protokolü doğrultusunda uygulamak, hasta üzerinde hemşirelik bakım hizmetlerini yapmaktır. Hekim, acil haller dışında hemşireye tedavi protokolünü yazılı olarak vermelidir. Hemşire görevi kapsamında yaptığı tıbbi yardım ve hizmetlerin kaydını tutar.

Hasta gözlem, tabela kağıtlarını düzenler. Hemşire hekimin tedavi planını tartışamaz ancak, hastanın zarar görebileceği kanısında ise durumu hekime iletir, hekimin ısrarı ve yazılı talebi ile işlemi uygular. Hekimin suç teşkil eden talimatı, yazılı da olsa uygulanamaz. Uygulanır ise hekimle birlikte kanunsuz emri uygulayan hemşire de sorumlu tutulur²⁰.

Hemşireler meslek kurallarına, meslek etiğine, mevzuata uygun davranmakla yükümlüdürler. Mesleklerinin icrası sırasında kusurlu davranışlarıyla hastaya zarar vermeleri durumunda, sorumlulukları doğabilecektir. Hemşirelerin, hekimin ve hastanenin tedavi hizmeti ile ilgili ifa yardımcısı olmaları nedeni ile hemşirenin kusurundan dolayı hekim ve hastanenin de sorumluluğu doğabilecektir.

²⁰ HAKERİ, Hakan, “Tıbbi Uygulamalarda Hemşirelerin Cezai Sorumluluğu”, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 2010, s.440-447.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK TIBBİ MÜDAHALE

1. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

Uygulamada çoğunlukla “Tıbbi Müdahale” olarak isimlendirilen vücut bütünlüğüne etkili fiillere doktrinde; “Tıbbi Yardım ve El Atmalar”²¹, “Tıbbi Faaliyetler”²², “Tıbbi Uygulama”²³, “Tıbbi Girişim”²⁴, “Teşhis Tedavi Edimi”²⁵, “Hekimlerin Mesleki Faaliyetleri”²⁶ gibi çeşitli terimler verilmektedir. Çalışmamda terim bütünlüğünü sağlamak amacıyla “tıbbi müdahale” terimi tercih edilmiştir.

Öncelikle tıbbi müdahale terimini oluşturan sözcüklerin ne anlama geldiğini açıklamak gereklidir. Tıp, hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla başvurulan teknik ve bilimsel çalışmaların tümü, hekimlik, tababet anlamına gelmektedir. Tıbbi tıpla ilgili, hekimlikle ilgili demektir. Müdahale ise karışma, araya girme, el atma anlamına gelir²⁷.

Doktrinde tıbbi müdahale terimi temelde benzer unsurları taşıyan çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bir tanıma göre, tıbbi müdahale, hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla yapılan, teknik ve bilimsel çalışmalar yoluyla vücut bütünlüğüne yönelik el atmalardır²⁸. Diğer bir tanımda hekimin hastasını sağlığına geri döndürebilmesi için yaptığı her şey, etik, ahlaki ve hukuki açıdan tıbbi müdahale olarak adlandırılmaktadır²⁹. Başka bir tanıma göre tıbbi müdahale ise, tıp mesleğini icraya yetkili bir hekim tarafından, teşhis, tedavi veya hukuka uygun amaçlara yönelik

²¹ AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara, 1993, s.15-144.

²² BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s.9,65.

²³ POLAT, Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2015, s.28,29.

²⁴ HATUN, Şükrü, “Hasta Hakları Temel Belgeler”, Türkiye Tabipler Birliği Yayınları, s.13.

²⁵ ÖZDEMİR, Hayrünisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, 2004, s.51,52.

²⁶ REİSOĞLU, Seza, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu (Ankara, 12-13 Mart 1982)”, İstanbul, 1983, s.2.

²⁷ www.tdk.org.tr

²⁸ SAVAŞ, Halide: Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara, 2007, s.51.

²⁹ SÜTLAŞ, Mustafa, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul, 2000, s.42.

doğrudan ya da dolaylı olarak gerçekleştirilen tıbbi sınırlar içerisinde kalan her türlü tıbbi faaliyetlerdir³⁰.

Çakmut tarafından yapılan tıbbi müdahale; kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek, bu mümkün olmadığında hastalığı hafifletmek, acılarını dindirmek veya onları rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması yapmak amaçlarıyla tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak, en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir” şeklinde tanımlanmıştır. Kanaatimce de tıbbi müdahale ile ilgili doktrinde yapılan birçok tanım arasında en kapsamlı yapılmış olan tanımlama Çakmut tarafından yapılan bu tanımlamadır³¹.

Yukarıda belirtilen tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere tıp mesleğini icraya yetkili sağlık personeli tarafından gerçekleştirilen fiilin tıbbi müdahale olarak nitelendirilmesinde hasta üzerindeki etkisinin derecesi veya karmaşık bir faaliyet olup olmamasının bir önemi yoktur. Bu bakımdan hekim tarafından hastalığın teşhisi için gerçekleştirilen sıradan bir muayene de, tedavi için yapılan ağır bir cerrahi operasyon da tıbbi müdahaledir³². Tıbbi müdahalenin konusu, kişinin sağlığı olduğundan sadece fiziksel etkiler doğuran fiiller tıbbi müdahale olmayıp, ruh sağlığına ilişkin girişimler de tıbbi müdahalenin kapsamındadır³³.

Tıbbi müdahale kavramı hukukumuzda çeşitli kanun ve yönetmeliklerde düzenlenmiştir:

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun (NPHK) “Amaç” başlıklı 1. maddesi ile nüfus planlamasına ilişkin tıbbi müdahaleler düzenlenmiştir³⁴.

³⁰ AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s.5.

³¹ YENERER ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003, s.24.

³² AYAN, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, s. 5.

³³ Yenerer Çakmut, Aydınlatılmış Onam, s. 4.

³⁴ RG. 27.05.1983 – 18059

Aynı Kanununun 2. maddesinin 1. bendi ise tıbbi müdahalenin amacını ortaya koymaya çalışmıştır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin (TDN) “Meslektaşların Hastaları İle Münasebetleri” başlıklı 13. maddesinin 3. bendinde tıbbi müdahalenin amacının teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olduğu açıklanmıştır. Ayrıca bu maddenin 2. ve 3. bendlerinde yasaklanan tıbbi faaliyetlere değinilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin (HHY) 4. maddesinin g bendinde 2014 değişikliğiyle getirilmiş bulunan tanımda tıbbi müdahale, “tıp mesleğini icraya yetkili kişilerce gerçekleştirilen sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıp biliminin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim” olarak tanımlanmıştır³⁵.

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 3. maddesine göre müdahale; “tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon ve önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbi işlemler olarak; cerrahi müdahale ise, tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlardır” şeklinde tanımlanmıştır³⁶.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun³⁷ ile 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun³⁸ hükümleri de tıbbi müdahalenin çerçevesini belirlemektedir. Belirtilen amaçlar dışında tıbbi müdahalede bulunulmasına hukuk düzeni tarafından izin verilmemektedir.

³⁵ Ek: RG. 08.05.2014-28994

³⁶ RG. 01.06.2005-25832

³⁷ RG. 03.06.1979-16655

³⁸ RG. 14.04.1928-863

2. TIBBİ MÜDAHALENİN KİŞİ HAKLARI ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

2.1. Genel Olarak Kişilik Hakları

Hukuki anlamda kişi, hak ehliyetine sahip varlıktır. Kendisine hak süjesi olma ehliyeti tanınan bir varlık olduğundan, kişi kavramı hukuki bir kavramdır ve hangi varlıkların kişi olarak tanınacağı hukuk düzeni tarafından belirlenir. Hukuk düzeni tarafından iki tür varlık kişi olarak kabul edilmektedir³⁹. Bunlar: gerçek kişiler ve tüzel kişilerdir. Gerçek kişiler, insanları ifade etmektedir. Tüzel kişiler ise, belli bir amacı gerçekleştirmek üzere bir araya gelmiş, kendilerine başlı başına kişilik tanınmış kişi ya da mal toplulukları olarak tanımlanabilmektedir

Kişilerin doğuştan itibaren sahip olduğu ve kendisinden ayrılması mümkün olmayan, hak ehliyeti bulunmaktadır. Hak ehliyeti hak sahibi olabilmenin bir şartı olup, kişinin iradesinden ve davranışlarından bağımsız olarak insan olması ile kazanmış olduğu bir ehliettir. Hukuki anlamda kişi, hak ehliyetine sahip varlıktır. Kişi, haklara ve borçlara sahip olabilen varlıktır. Kişi aynı zamanda hukuk toplumunun sorumlu bir üyesi, hakların öznesi olarak görülür. Ancak hiçbir zaman bir hakkın konusu ya da amaca ulaşmak açısından bir araç olarak görülemez.

Kişilik, kişi kavramını da içine alan ve kişinin kişisel değerleri toplamından oluşan bir bütündür⁴⁰. Kişilik hakları ise, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki haklardır⁴¹. Kişilik hakları kişisel değerleri içine alan, kişinin yaşam ve sağlık hakkı, vücut bütünlüğü üzerinde sahip olduğu mutlak haklardandır. Kişilik hakları özellikleri gereği, mutlak hak niteliğindedirler ve şahıs varlığı hakları arasında yer alırlar. Kişilik hakları kişiye sıkı sıkıya bağlı olan, devredilemeyen ve vazgeçilemeyen haklardır. Bu nedenle kişi rızasının alınmadığı özel durumlar ya da ehliyetsiz olması dışında tıbbi müdahaleye rızayı bizzat kendisi vermelidir. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 23. maddesinde "kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez" hükmü yer almaktadır.

³⁹ ZEVKLİLER, Aydın; ACABEY, M. Beşir; GÖKYAYLA, K. Emre, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999, s.208 vd.

⁴⁰ ZEVKLİLER, Aydın; ACABEY, M. Beşir; GÖKYAYLA, K. Emre, a.g.e., s.454.

⁴¹ DURAL, Mustafa; ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt 2, Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, s.92.

Kişilik değerleri hukuk düzeni tarafından korunur ve kural olarak bu değerlere yönelik her türlü müdahale hukuka aykırıdır. TMK'nun 24. maddesinde "hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir" hükmü ile kişilik haklarına aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımlar belirtilmiştir.

Tıbbi müdahalelerin de kişinin özellikle maddi kişilik değerlerini ihlal etme ihtimali bulunan birer müdahale olduğu açıktır. Tıbbi müdahaleler kişinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerdir. Tıbbi müdahale ile ihlal edilebilecek kişilik hakları, maddi-bedensel değerler içerisinde yer alan yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü haklarıdır.

2.2. Yaşam Hakkı

Yaşam hakkı, kişinin fiziki ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi ve devam ettirebilmesi, varlığını sona erdirmeye yönelik çeşitli etkenlere karşı koyma hak ve yetkilerini ifade etmektedir⁴². Kişinin diğer hak ve özgürlüklerini kullanabilmesi, yaşam hakkını kullanabilmesine ve sürdürebilmesine bağlıdır.

Yaşam hakkı, insan haklarıyla ilgili tüm uluslararası sözleşmelerde ve birçok ülkelerin Anayasalarında güvence altına alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 3. maddesinde⁴³ ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesinde açıkça yer alan yaşam hakkı insan yaşamının devlet tarafından korunması yükümlülüğü ile bireyler arasında işlenen öldürme fiillerini de içermektedir⁴⁴.

Kişi dokunulmazlığı kapsamında olan yaşama hakkı koruyucu haklar arasında sayılmış olup, Anayasamızın 17. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne

⁴² BAYRAKTAR, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, s.13.

⁴³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilan edilmiştir. Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁴⁴ DURMUŞ, Tezcan; SANCAKTAR Oğuz, ERDEM, Mustafa Ruhan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu", Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s.168.

dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabii tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabii tutulamaz.”

Benzer düzenlemelerle yaşam hakkı 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda⁴⁵ koruma altına alınmış ve yaşama yönelik saldırılar yaptırma bağlanmıştır. Ayrıca, Türk Medeni Kanunu'nun “Kişiliğin Korunması” başlıklı 23 ve 24. maddelerinde, gerek kişinin kendi işlemleriyle, gerekse dıştan yönelen saldırılarla yaşam hakkına zarar verilmesini önleyici düzenlemeler getirilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 99. maddesi “çocuk düşürtme” ve 100. maddesi “çocuk düşürme” suçlarını düzenlemektedir. Hukukumuzda cenin henüz bir kişilik olarak kabul edilmediğinden, yaşam hakkı bakımından ayrıntılı değerlendirilmemiştir. Kanunlarımıza göre ceninin yaşam hakkı annenin yaşam hakkı ile birlikte değerlendirilmektedir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinde hekimin hastanın hayatını kurtarmak ve sağlığını korumakla yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu madde hükmü yaşamı koruma altına almış ve hekimin sorumluluğu bir anlamda yaşam hakkı ile çerçeve altına alınmıştır.

Yaşam hakkı ile ilgili diğer bir düzenleme de ötenazi yasaklayan Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesidir. Ötenazi, dayanılmaz acılar içinde olan ve ölümüne kadar da süreceği de tıbben belirlenen bir hastanın, özgür iradesi ile ve tıbbi yollarla hayatına son verebilmesi veya tıbbi yardım kesilerek ölüme terk edilmesidir⁴⁶.

Yaşam hakkı, insanın sadece insan olması nedeniyle doğuştan sahip olduğu vazgeçilemez, devredilemez mutlak haklardandır. Bireyin diğer bütün haklarını ve özgürlüklerini kullanabilmesi yaşama hakkının sağlanmasına bağlıdır. Yaşam hakkı, bütün hakların ve özgürlüklerin varlığı için ön koşul olarak kabul edilmektedir. Yaşama hakkı olmadan diğer haklarının kullanılması mümkün değildir. Yaşam hakkı

⁴⁵ RG. 12.10.2004-25611

⁴⁶ ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet; YENİDÜNYA, A. Caner: “Ötenazi”, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötenazi, Koç Üniversitesi Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No.1, İstanbul 12 Levha Yayınları, 2011, s.43.

kişinin ölümü durumunda uygulama alanı bulmaz. Bununla birlikte doğmamış çocuğun da yaşam hakkından söz edilemez. Kişilik Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 28. maddesinde de belirtildiği gibi ancak sağ ve tam doğumla gerçekleşebileceği için, yaşama hakkının korunması da ancak bu durumda söz konusu olacaktır.

2.3. Sağlık Hakkı

Sağlık hakkı, konusu yönünden “sosyal haklar” arasında sayılmaktadır. Öğretide de sağlık hakkının konusu yönünden sosyal haklar arasında yer aldığı konusunda görüş birliği vardır⁴⁷.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın (AY) “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünde yer alan ve “Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlığını taşıyan 56. maddesi⁴⁸ sağlık hakkını düzenlemektedir. Anayasanın 56. maddesi ile getirilen düzenleme yanında 17. maddesinde korunan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile sıkı sıkıya bağlantılıdır.

224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanunun 2. maddesinde sağlık; “yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp, beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından yapılan tanıma göre sağlık ise “ruhsal, bedensel ve sosyal açıdan iyi olma durumunu” ifade etmektedir. İnsanların toplum halinde huzurlu ve mutlu bir şekilde yaşayabilmelerinin temelinde, bireylerin sağlıklı olmaları yatmaktadır.

⁴⁷ ÜZELTÜRK, Tahmazoğlu, 2012, s.5.

⁴⁸ Anayasa Madde 56:

Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.

Sağlık hakkı, sosyal haklardan olup, devletten gerekli şartları sağlama konusunda beklentileri ve istekte bulunmayı içerdiğinden pozitif statü hakları içerisinde yer alır⁴⁹.

Sağlık ve sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına, Uluslararası insan hakları belgelerinde de yer verilmiştir. Sağlık hakkına 1948 yılında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin (İHEB) 25. maddesinde yaşam hakkı çerçevesinde değinilmiştir.

Sağlık hakkı, doğuştan kazanılan bir haktır. Toplumda yaşayan tüm kişilerin herhangi bir ayırım gözetilmeksizin ana rahmine düştüğü andan ölüme kadar bedenen ve ruhen tam bir iyilik hali içinde yaşamaya hakkı vardır. Bu durum Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "İlkeler" başlıklı 5. maddesinde de açıkça düzenlenmiştir.

Anayasada, devlete sağlık hakkına dayalı olarak yüklenen görevler bulunmaktadır. Anayasanın "Devletin İktisadî ve Sosyal Ödevlerinin Sınırları" başlıklı 65. madde hükmü⁵⁰ ile devlet bu görevlerini ülkenin genel ekonomik ve sosyal imkanları çerçevesinde yerine getirmekle mükelleftir.

2.4. Vücut Bütünlüğü Hakkı

Vücut bütünlüğü hakkı yaşama hakkının sonucudur ve kişinin fiziksel veya psikolojik bütünlüğünün her türlü dış etkiye karşı korunmasını ifade eder. Vücut bütünlüğü hakkı, kişinin vücut bütünlüğü başta Anayasa olmak üzere çeşitli kanunlarla koruma altına alınmış, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bir kişilik hakkıdır. Kişi vücut bütünlüğünün korunmasını herkese ve devlete karşı ileri sürme hakkına sahiptir. Vücut bütünlüğü, kişinin beden ve ruh tamlığıdır⁵¹.

Vücut bütünlüğü hakkı özellikle tıbbi müdahaleler açısından önem kazanmaktadır. Hangi amaçla yapılmış olursa olsun her tıbbi müdahale vücut tamlığına yöneliktir. Bu nedenle yapılan her tıbbi müdahale hukuka uygun olmalıdır.

⁴⁹ KAPANİ, Münci, "Kamu Hürriyetleri", Ankara Üniversitesi Yayınları, 1972, s.6.

⁵⁰ Değişik: RG. 03.10.2001-4709/22md.

⁵¹ EREN, Fikret "Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi", "Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70 nci Yaş Armağanı", Ankara, 1975, s.481.

Anayasanın 17. maddesinin 2. ve 3. bendinde bu hakkı korumak anlamında ancak kişinin rızası ile tıbbi müdahalelerde bulunulabilir ve kişi bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulabilir. Fakat, bilimsel ve tıbbi deneylerin de kişinin yaşama ve vücut bütünlüğünü koruma haklarını tehlikeye düşürecek nitelikte olmaması gerekir. Rıza olmasa da tıbbi müdahale yapılabilmesi sadece kişinin yaşamı ve vücut bütünlüğü için tehlike bulunan ve bilincin yerinde olmadığı durumlarda mümkün olmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun "Kişiliğin Korunması" başlıklı 23. maddesinin 2. ve 3. bendinde de konu ile ilgili düzenleme mevcuttur. Madde hükmüne göre, kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.

Yaşam hakkı kadar önemli ve koruma gerektiren bir hak olan vücut bütünlüğü hakkı, ayrıca uluslararası düzeyde, işkencenin yasaklanması suretiyle, İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile de koruma altına alınmıştır.

3. TIBBİ MÜDAHALELERİN SINIFLANDIRILMASI

3.1. Yapılış Yöntemine Göre Tıbbi Müdahaleler

3.1.1. Beden Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Bedensel bütünlüğe yönelik tıbbi müdahaleler genel olarak cerrahi müdahalelerdir. Cerrahi müdahaleler, doğrudan doğruya organ veya dokular üzerinde fiziksel değişiklikler meydana getirmek üzere yapılan, organdaki ve dolayısıyla organizmadaki bozuklukları gidermeye yönelik tıbbi girişimlerdir⁵². Kan alma, enjeksiyon yolu ile vücuda ilaç verme, ameliyat vb. kişinin vücut bütünlüğüne yönelik cerrahi müdahalelerdir⁵³.

⁵² GÜRELLİ, Nevzat "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 45, 1979, s.271.

⁵³ SAVAŞ, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, 3.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık Haziran 2013, s.28.

3.1.1.1. Mutlak Olarak İyileştirme Amacına Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Mutlak olarak iyileştirme amacına yönelik tıbbi müdahaleler yerleşik hale gelmiş yöntemlerle yapılan uygulamalar olup, amaç vücut bütünlüğüne yönelik uygulanan bir tıbbi müdahale ile hastanın bozulan sağlığını yerine getirmektir. Vücut bütünlüğüne yönelik uygulanan tedavi amaçlı cerrahi müdahaleler iyileştirme amacına yöneliktir. Boğazına yabancı bir cisim kaçırarak nefes almakta zorlanan kişiye, acilen müdahale edilerek solunumunu rahatlatmak iyileştirme amacına yönelik bir tıbbi müdahaledir.

3.1.1.2. Dolaylı Olarak İyileştirme Amacına Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Dolaylı olarak iyileştirme amacına yönelik olan tıbbi müdahalelerde bir hastanın doğrudan iyileştirilmesi amaçlanmamış olup, temelinde iyileştirme amacı taşıyan müdahalelerdir. Tıbbi müdahalenin yapılabilmesi için dolaylı da olsa bir tıbbi endikasyonun olması gerekmektedir. Tıp sözlüğünde, endikasyon, bir hastalık durumunda teşhis veya tedavi sürecinin uygulanabilmesi için gerekli neden olarak açıklanmaktadır. Tıbbi müdahale, tıp bilimine göre gerekli ve zorunlu olmalıdır. Buna “Endikasyon” şartı adı verilmektedir. Endikasyonun mutlaka tıbbi endikasyon olması gerekmemektedir. Sosyolojik ve psikolojik endikasyon da bugün endikasyon olarak kabul edilmektedir. İster tıbbi, ister sosyolojik veya psikolojik olsun, endikasyon olmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler hukuka aykırıdır. Kastrasyon, sterilizasyon dolaylı olarak iyileştirme amacına yönelik tıbbi müdahalelerdir.

3.1.1.2.1. Doku ve Organ Nakilleri

Organ ve doku nakli bir tıbbi müdahaledir ve dolayısıyla tıbbi müdahalenin genel kurallarına tabidir. Organ ve doku nakli bir vericiden, bir alıcıya iyileştirme amacı ile doku veya organların nakledilmesidir. Normalde tıbbi müdahalelerde, bir hasta bulunurken, nakil işleminde bir hastanın yanı sıra bir de sağlıklı bir kimse bulunmaktadır. Bu durum organ ve doku nakline ilişkin özel düzenlemeler yapılmasını gerekli kılmaktadır. Bir kimsenin kendisi için yararı olmadığından kendi organını ya da dokusunu kendi rızası ile de olsa bir başkasına vermesi kişilik haklarına aykırıdır. Organı veren kimse açısından endikasyon bulunmadığından, rıza eylemi tek başına hukuka uygun kılmaz. Bu nedenle genel hükümlere göre canlılardan organ veya doku

nakli mümkün olmadığından, bu konuya ilişkin özel bir düzenleme ile bu tür tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kılınması zorunluluğu vardır. Bu zorunluluk Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun (ODNK) ile sağlanmıştır⁵⁴.

Doku ve organ kavramlarının açıklanması gereklidir zira doku ve organ birbirinden farklı kavramlardır. Doku; aynı yapısal özellikleri taşıyan ve aynı işleri yerine getirmek üzere bir araya toplanan hücrelerdir⁵⁵. Kemik iliği, kıkırdak, sinir, kas dokusu, kornea, duyu dokuları, sperm, kemik dokulara örnek olarak gösterilebilir. Organ ise; canlı bir organizmayı, dokulardan oluşan belirli bir görevi olan ve sınırları kesin olarak tespit edilebilen kısımdır⁵⁶. Mide, göz, böbrek, kalp, akciğer, karaciğer, pankreas, bağırsak, rahim, deri birer organdır. ODNK ‘nun 1. maddesinde amaç olarak tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin bu kanunla düzenlendiği belirtilmiştir. Kanunun 2. maddesinde kapsam düzenlenmiştir. Buna göre organ ve doku deyimi, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarını ifade etmektedir. Buna göre kural olarak her türlü organ ve doku nakli, bu kanun kapsamına girmektedir. Kanunun 2/2. maddesinde bazı organ ve dokular kanun kasamı dışında tutulmuştur. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere oto - grefler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi değildir. Yine kanunun 3. maddesi ile bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaklanmıştır. Ayrıca kanunun 5. maddesi uyarınca onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır. Biyotıp Sözleşmesinin 20.⁵⁷maddesinde istisnaen de olsa mümeyyiz olmayanlardan kendisini yenileyen dokuların alınmasına izin verilmektedir. Bu nedenle ODNK ile Biyotıp Sözleşmesinin 20. maddesi çatışmakta olup, Türkiye bu sözleşmeyi onaylarken Sözleşmenin 20/2. maddesini uygulamama hakkını saklı tutmuştur.

⁵⁴ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku El Kitabı, 2007, Seçkin Yayıncılık, s.67.

⁵⁵ TAŞKIN, Ozan Ercan: “Ceza Hukuku Bakımından Yasal Olmayan Tıbbi Müdahale”, Eskişehir Barosu Dergisi, Şubat 2005, Sayı: 6

⁵⁶ AKINCI, Şahin: “Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar”, Ankara 1996, s.10.

⁵⁷ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan hakları ve İnsan haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan hakları Biyotıp Sözleşmesi, Türkiye’nin onayı; 3.12.2003 günlü ve 5013 sayılı Kanun.

Organ ve doku nakli canlı vericiden organ nakilleri ve ölü vericiden organ nakilleri olarak iki türde yapılabilir.

3.1.1.2.1.1. Ölü Vericiden Organ Nakilleri

Bu tür nakilde nakledilen organ veya doku ölüye ait olmalıdır. Burada verici cesettir ve bu nedenle canlılardan yapılan nakilden farklı olarak bilimsel amaçlarla da organ nakli mümkündür. Genel ahlak ve adaba aykırı olmamak üzere ölü vericiden her türlü organ alınabilir. Organ alımı bakımından ölünün yaşı önemli değildir. Kanunumuz bu konuda ölülerden organ alma bakımından herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Bugün için organ nakli daha çok tıbbi endikasyonun gerektirmesi dolayısı ile hastaları iyileştirmek amacıyla yönelik olarak ölülerden organ ve doku nakli şeklinde gerçekleşmektedir⁵⁸. Bu noktada ölümün tespiti sorunu ortaya çıkmaktadır. Ölümün tespiti için ODNK'nun 11. maddesinde⁵⁹ belirtildiği üzere biri nörolog veya biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilmesi gereklidir. Kanuna göre ölüm halini saptayan hekimler ölüm tarihini, saatini ve ölüm halinin nasıl saptandığını gösteren ve imzalarını taşıyan bir tutanak düzenleyip, organ ve dokunun alındığı sağlık kurumuna vermek zorundadırlar. Ayrıca ölümü saptayan heyetin tarafsızlığını sağlamak için, alıcının hekimi ile nakil işlemlerini yapacak olan hekimlerin ölümü saptayan heyet içerisinde yer almaları yasaklanmıştır. Kanunda ölümün tespiti ile ilgili tıbbi yaklaşım açıkça belirtilmemiştir. Ancak Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin⁶⁰ Ek 1. maddesinde beyin ölümü kriteri esas alınmış ve "beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybıdır" şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle beyin fonksiyonlarını tamamen kaybettiğinin tespit edildiği an ölüm gerçekleşmiştir. Sonuç olarak hukukumuzda ölüm kriteri olarak beyin ölümü kriteri benimsenmektedir.

Ölüden organ ve doku alma koşulu ODNK'nun 14. maddesinde düzenlenmiştir. Organ ve dokunun ölüden alınabilmesi için kişinin sağlığında bu işleme izin vermiş olması ya da yakınlarının rıza göstermeleri gereklidir. Ölünün sağlığındaki izni resmi veya

⁵⁸ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, s.174.

⁵⁹ RG. 03.06.1979- 16655 Madde 11: (Değişik: 02/01/2014-6514/41 md.)

⁶⁰ RG. 01.02.2012- 28191 EK 1: Beyin Ölümü Tanısı

yazılı ya da iki tanık önünde açıklanan vasiyet iradesidir. Vasiyetle ilgili TMK’ndaki genel hükümler geçerlidir. Ölünün önceden verdiği izni varsa, yakınlarının iznine gerek yoktur. Kişi sağlığında cesedinden organ ve doku alınmasını yasaklamış ise artık yakınlarının izni ile de alım yapılamaz⁶¹. ODNK’nun 14/4. maddesinde belirtildiği üzere zaruret halinde rıza aranmaksızın doku veya organ alınabilir. Buna göre kaza veya afet nedeni ile vücudu ağır harabiyete uğradığı için ölen kişinin yakınları yoksa, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunmak kaydı ile vasiyet ve rıza aranmadan nakil yapılabilir. Başka bir istisna da kornea nakli ile ilgilidir. Ölünün aksi yönde bir vasiyeti veya beyanı yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.

3.1.1.2.1.2. Canlı Vericiden Organ Nakilleri

Canlılardan organ nakli, ölülerden organ naklinden, alıcının belirli olması yönü ile ayrılmaktadır. Bu nakil türünde bağışlayan doğrudan belirli bir kimseye yönelik olarak organını bağışlamaktadır.

ODNK’nun 5- 9 maddelerinde yaşayan kişilerden yapılacak nakiller düzenlenmiştir. Kanunun 5. maddesinde vericiye yaş ve temyiz gücüne ilişkin koşul getirilmiştir. Madde hükmüne göre verici olabilmek için 18 yaşını doldurmuş olmak ve temyiz gücüne sahip olmak gereklidir.

ODNK’nun “Muvafakat” başlıklı 6. maddesi ile de onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunlu olduğu belirtilmiştir. Madde hükmüne göre vericinin rızası olmadan yaşayandan organ ve doku nakli mümkün değildir. Vericinin rızasının yazılı halde bulunması veya yazılı hale getirilmesi şarttır. Verici rızasını önceden iki tanık huzurunda yazılı olarak açıklayıp, tanıklarla imzalamış olabilir ya da vericinin iki tanık önünde sözlü olarak açıkladığı iradesine ilişkin tutulan tutanağın bir hekim tarafından tasdik edilmiş olması gerekir. Vericinin rızasını verme işlemi

⁶¹ GÖKCAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, s.334.

gerçekleşinceye kadar geri alması mümkündür. Aynı kanunun “Bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü” başlıklı 7. maddesine göre vericinin yasal ve birlikte yaşadığı eşinin durumdan haberdar olması şarttır. Nakil vericiye hayati zarar vermemelidir. ODNK’nun “Alınamayacak Organ ve Dokular” başlıklı 8. maddesinde buna ilişkin düzenleme mevcuttur.

Hekim müdahaleyi gerçekleştirmeden önce ortaya çıkabilecek tehlikeleri ortadan kaldırmak için gerekli araştırmayı yapmalıdır. Bu anlamda alıcı ve vericiye ait gerekli tetkiklerin yapılması, kan grup tayini, doku uyuşmasının varlığının araştırılması vb. gibi işlemlerin yapılması şarttır⁶². Alıcı ve vericinin dokularında bir uyumsuzluk var olmasına rağmen nakil gerçekleştirilmiş ise hekimin özensizliğinden bahsedilir. Kanunun 10. maddesinde ise organ ve doku nakillerini yapacak hekimin dalında uzman yeterli bilgi beceri ve deneyime sahip bir hekim olması gerektiği vurgulanmıştır. Yine naklin gerçekleştirileceği tedavi merkezi gerekli tıbbi cihaz donanım ve personele sahip olmalıdır.

3.1.1.2.2. Cinsel Faaliyete İlişkin Yapılan Tıbbi Müdahaleler

Cinsel faaliyete ilişkin yapılan tıbbi müdahaleler kişinin cinsel yaşamına doğrudan etki eden müdahalelerdir. Bunlar kastrasyon (hadım etme), sterilizasyon(kısırlaştırma), cinsiyet değişikliği, gebeliğin tıbben sona erdirilmesi, embryo aktarmaları ve yapay döllemedir.

3.1.1.2.2.1. Kastrasyon (Hadım Etme)

Kastrasyon, diğer bir ifade ile hadım etme, kişinin cinsel salgı bezlerinin alınması sonucunda üreme ve cinsel faaliyette bulunma yeteneğinin tamamen ortadan kaldırılması işlemidir⁶³. Kastrasyon, testosteron üreten testislerin cerrahi müdahale yoluyla alınması ya da ilaçla bu hormonun üretilmesinin azaltılması olarak da

⁶² AYAN, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, s.21.

⁶³ AYAN, Tıbbi Müdahaleye Rıza, , Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993; AKBABA, Zeynep Burcu , “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2009, Sayı: 81, s.4.

tanımlanabilir⁶⁴. Kastrasyon işlemi vücut bütünlüğün ihlal ve cinsel yaşama olumsuz etkileri dolayısı ile insan kişiliğine müdahale niteliğindedir.

2827 sayılı NPHK’da kastrasyona ancak tıbbi zorunluluk durumunda izin verilmiştir. Bu madde hükmüne göre hekime tıbbi endikasyon koşulu ile rıza aranmaksızın ameliyatı genişletme olanağı yasal olarak tanınmıştır. Hekim olmayanlarca icra edilen işlem hastanın rızası olsa dahi hukuka aykırı sayılır, hukuki ve cezai sorumluluk doğar. Hekim kastrasyon işlemi yapmayı önceden planlamış ise bu konuda hastasını bilgilendirip rızasını almalıdır. Rıza alınmadan ve yeterince aydınlatılmadan alınan rızaya dayalı olarak yapılan işlem hukuka aykırıdır. Hastanın rızası tek başına eylemi hukuka uygun hale getirmemektedir. Ayrıca endikasyon olmadan rızaya dayalı kastrasyon işlemi de hukuk aykırıdır. Kastrasyon işlemi tıp bilimi ve mesleğinin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Örnek olarak; hekimin tıbbi girişimi hukuka uygunluk şartları çerçevesinde başlamış ancak, hasta hekimin mesleki kusuru nedeni ile zarar görmüştür. Bu gibi olayda hekimin kasti bir eylemi bulunmadığından, hekimin taksire dayalı cezai sorumluluğu doğar. Hekim taksirle yaralama veya ölüme neden olma hükümlerine göre cezalandırılır.

Kastrasyon türleri kimyasal, cerrahi, hormonal ve paraziter olmak üzere dört çeşittir. Kimyasal kastrasyon; testislerin testesteron hormonu üretimini azaltan ilaç enjeksiyonu ile gerçekleştirilmektedir. Bu ilaçlar testesteron salgısını azaltıp cinsel isteğin azalması, iktidarsızlık gibi sonuçlara ve bu arada kemik erimesi, karaciğer fonksiyonlarında bozukluk, aşırı depresif davranışlar, bulantı, kaslarda zayıflık gibi yan etkilere neden olmaktadır⁶⁵.

Cerrahi kastrasyon, her iki yumurtalık veya testislerin çıkarılarak testosteron ve östrojen adlı hormonların çalışmasını durdurma işlemidir⁶⁶. Cerrahi kastrasyon sonrasında kişinin cinsel isteği ve cinsel ilişkide bulunma yeteneği tamamen sona ermektedir. Cerrahi kastrasyon günümüzde daha çok sağlık nedeni ile başvuru olan bir yöntemdir. İlerlemiş tüberküloz, inmemiş testis, büyük fitik ameliyatlarında tedavi

⁶⁴ İPEKÇİOĞLU, Aksoy Pervin: “Cinsel Suçları Önlemede Kimyasal Kastrasyon Seçeneği”, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2011, Sayı: 17, s.108 vd.

⁶⁵ ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Haziran 2010, s.136

⁶⁶ KOCATÜRK, Utkan: “Tıp Terimleri El Sözlüğü”, Ankara, 1989

yöntemi olarak seçilebilecek bir uygulamadır. Prostat kanserlerinde de cerrahi kastrasyon uygulaması yapılmaktadır.

Hormonal kastrasyon, cinsiyet hormonlarına yönelik uzun süreli tedavi sonucu cinsiyet bezlerinde oluşan atrofidir⁶⁷. Bu yöntem genellikle cinsiyet bezlerine ilişkin kanser tedavisi sırasında tedavinin bir parçası ya da etkisi olarak tercih edilmektedir⁶⁸.

Vücuda yerleşen kimi parazitler, büyüklükleri nedeniyle oluşturdukları mekanik etki veya salgıladıkları kimyasal maddeler nedeniyle cinsiyet bezlerinde kastrasyona neden olabilir. Cinsiyet bezlerine yerleşen bu parazitlerin tahribatı sonucu bezlerin görev yapamaması hali, paraziter kastrasyon olarak adlandırılır⁶⁹.

3.1.1.2.2.2. Sterilizasyon (Kısırlaştırma)

Sterilizasyon, kadın ya da erkeğin üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasıdır. Bu müdahale kadınların yumurtalık, erkeklerin sperm yollarının kapatılması biçiminde yapılır.

Sterilizasyon 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanununun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Sterilizasyon işlemi ile kişinin çocuk yapma yeteneğine son verildiğinden, bu tıbbi işlem kişiliğe ağır bir müdahale niteliğindedir⁷⁰. Kanunda bu ameliyatın yapılabilmesi için tıbbi endikasyon şartı aranmamıştır. Kastrasyon, sterilizasyondan farklı bir tıbbi müdahale yöntemi olup ancak bir ameliyat sırasında tıbben zorunlu olduğu anlaşılırsa yapılabilir. Kanun, zorunlu kısırlaştırma işlemini kabul etmemiştir.

2827 sayılı NPHK'nun 4. maddesi uyarınca erkek ya da kadının bu ameliyatı yaptırması mümkündür. Ameliyatın yapılabilmesi için kişinin isteği şarttır. Kişi evli

⁶⁷ KOCATÜRK, a.g.e.

⁶⁸ E. Temel, "Hadımlaştırma Operasyonlarından Dolayı Alman Hukukunda Sorumluluk" AB III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Mayıs 2010, Ankara, s.117

⁶⁹ Kocatürk, s. 144.

⁷⁰ TEMEL, Erhan, "Hadımlaştırma Operasyonlarından Dolayı Alman Hukukunda Sorumluluk" AB III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Mayıs 2010, Ankara, s.63.

ise eşinin rızası da alınmalıdır. Ayrıca kişinin reşit olması gerekmektedir. Reşit olmayan kişilerin velinin rızasına dayalı olarak kısırlaştırılmaları olanaklı değildir⁷¹.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğün⁷² 10-12. maddelerinde sterilizasyonun tıbbi şartları ile ilgili hükümler yer almaktadır.

Tüzüğün izin belgesinin alınma yöntemi başlıklı 15. maddesi ile “İzin belgeleri, 13. maddede sözü edilenlere, rahim tahliyesi ve sterilizasyon için başvurduklarında imzalatılır. Eşin, ya da vasinin gelmemesi halinde, bunların sterilizasyon ya da rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılır. Belgeyi getiren, imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğine ilişkin bir belgeyi de imzalamak zorundadır” hükmü yer almaktadır.

Sterilizasyon işlemi yapan hekim tıbbi müdahaleyi yapacağı kişiyi aydınlatmakla yükümlüdür. Aydınlatma ameliyatın içeriğini, nasıl yapılacağı ve sonuçlarını içerecek biçimde olmalıdır. Onam, kişinin ameliyatın yapılacağı merkeze başvurduğu sırada alınmalıdır. Aydınlatılmadan alınan rıza üzerine yapılan işlem hukuka aykırı olacak ve hekimin sorumluluğu doğacaktır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 101. maddesinde rızası dışında kısırlaştıran kimsenin cezalandırılacağı ve bu kimsenin yetkisiz kimse olması halinde cezanın artırılacağı düzenlenmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında rızaya dayalı olsa bile yetkisiz kimsenin kısırlaştırma ameliyatı yapması halinde cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

3.1.1.2.2.3. Cinsiyet Değişikliği

Öncelikle cinsiyet ve cinsiyet değişikliği kavramlarına değinmek gerekir. Cinsiyet, “son derece karmaşık, anlaşılması güç, biyolojik, fizyolojik, hormonal, psikolojik ve sosyal yönleri olan içgüdü” olarak tanımlanabilir⁷³. Cinsiyet değişikliği ise, bir cerrahi müdahale sonucunda o ana kadar sahip olduğu cinsiyet özelliklerinin ortadan

⁷¹ YURTCAN, Erdener, “Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması”, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, s.59.

⁷² RG. 18.12.1983- 18255.

⁷³ TEKİN, Nurullah “Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Kasım 2009, Yıl: 4, Sayı: 39, s. 98.

kaldırılması ve bir dereceye kadar olsa da karşı cinse mensupmuş gibi bir görünüme kavuşturulmasıdır⁷⁴.

Cinsiyet değişikliğine ilişkin müdahaleler bir tıbbi müdahaledir. Bu anlamda tıbbi müdahalenin genel koşullarına tabidir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinde cinsiyet değişikliği ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Madde hükmüne göre cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak, mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.

Cinsiyet değişikliği operasyonlarındaki maksat, kişiyi içerisinde bulunduğu ağır, psikolojik rahatsızlıktan kurtarmak, fiziksel yapısı ile ruhsal yapısı arasındaki uyumsuzluğu gidererek, sağlıklı bir yaşama kavuşturmadır⁷⁵. Kanunda cinsiyet değişikliği için endikasyon şartı öngörülmüştür. Cinsiyet değişikliği talebinde bulunanlardan bir kısmı hermafrodit olarak adlandırılan, fiziken her iki cinsin özelliklerini taşıyabilen kimselerdir⁷⁶. Bu kişilerde testisle birlikte yumurtalıklar da bulunur. Ancak dış görünüşleri bakımından cinsiyetleri belirgin değildir. Bu kişilerde doğumsal anomali olarak kabul edilen bir durum vardır. Bu tür tıbbi müdahaleler, kişi için zorunlu tedavi edici nitelik taşıdığından hukuka uygun kabul edilir. Burada kişinin cinsiyet değiştirmesi gibi bir durum söz konusu olmayıp yalnızca belirgin olmayan cinsiyetin belirginleştirilmesi söz konusudur.

⁷⁴ Ayan, s.30; İpekyüz, s.39

⁷⁵ Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003, s.175.

⁷⁶ ÖZTÜREL, Adnan, "Transseksüalizm ile Hermafrodizmde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 38, Ankara, 1981, s.1-4.

Cinsiyet değişikliği talebinde bulunanlardan diğer kimseler ise transseksüellerdir. Transseksüel, anatomik olarak cinsiyeti belli olan, ancak dış görünümü bunu yansıtmayan ya da aldatıcı olarak dış görünümüyle karşı cinsin belirtilerini taşıyan kişiler olarak tanımlanabilir⁷⁷. Diğer bir ifade ile bu kişiler fiziken belirli bir cinsel yapıya sahip olmakla birlikte, ruhsal yapıları ile anatomik yapıları arasında uyum yoktur. Bu kişilerde i ve dış üreme organları belirgindir. Bu özellikler doğumla birlikte mevcut olup ya kadındırlar ya da erkektirler. Bu tür kişiler karşı cinsten olanların davranışlarını sergilerler. Transseksüel, daha çok ruhsal eğilimler için kullanılan bir terimdir. Bu tür tıbbi müdahaleler, kişinin ruh sağlığını kazandırmak için yani onu tedavi etmek için yapılır. Cinsiyet değişikliği konusundaki isteğin mahkeme tarafından kabul edilmesi üzerine, değişiklikle ilgili tıbbi müdahale gerçekleştirilebilir. Cinsiyet değişikliği ameliyatı ilgilinin rızası, mahkemenin izin vermesi, yetkili sağlık mesleği mensubu tarafından yapılmak koşulu ile hukuka uygun kabul edilmektedir.

Bu operasyonu isteyen diğer kimseler eşcinsellerdir. Eşcinsellik, kişinin cinsel, duygusal ilgi ve isteğinin kendisiyle aynı cinsten kişilere dönük olması durumudur. Bu kişiler hem cinsleriyle ve karşı cinsle ilişki kurabilirler. Eşcinseller gerek anatomik gerek dış görünüm itibariyle cinsiyetleri belli kişilerdir. Bu kişiler hem cinsleriyle ve karşı cinsle ilişki kurabilirler⁷⁸. Bu kişilere uygulanacak cinsiyet değiştirme ameliyatının tedavi edici bir niteliği olmadığından öğretilde hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir⁷⁹. Bu kişilerin transseksüellerde olduğu gibi ruhsal sağlığa kavuşma gibi bir gerekçeleri yoktur.

Cinsiyet değişikliği talebinde bulunanlardan bahsedeeğimiz son durum ise travestilerdir. Transvestizm, iki yönlü karşıt giysicilik olarak bilinmekle birlikte, homoseksüellerde görülen, karşı cinse ait giysileri kullanma isteği ve tutkusudur. Bu kişilerde karşı cinsiyete ait bir takım özelliklere eğilim vardır. Onların durumu transseksüellerden daha hafiftir. Kendilerini ruhsal açıdan tam olarak karşı cins gibi hissetmezler. Bu nedenle öğretilde bu gibi kişilerin cinsiyet değiştirmeleri hukuka uygun kabul edilmez.

⁷⁷ İPEKIOğLU, Aksoy Pervin: “Cinsel Suçları Önlmede Kimyasal Kastrasyon Seçeneği”, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2011, Sayı: 17, s.108.

⁷⁸ İPEKYÜZ, s. 39. ; AşçIOğLU, s.169.

⁷⁹ AşçIOğLU, s.169

Yukarıda da bahsedildiği üzere bu dört tip cinsiyet sapmalarında yalnızca transseksüel yapıda olanlar veya çift cinsiyetli olanlar (hermafroditler) bu tedavi amaçlı ameliyatı geçirip, cinsiyet değiştirebileceklerdir. Bu kişiler için bu ameliyatın geçirilmesinden başka bir çıkar yol yoktur. Cinsiyet değişikliği bu kişiler için bir kapris, bir fantezi değil, tedavi olabilmek için başvurulabilecek yegâne çözümdür. Burada önemli olan bu cinsiyet sapmalarının hekim raporu ile tespit edilmiş olmasıdır. Bu tür ameliyatlarda kişilerin üreme yetenekleri de ortadan kaldırılmaktadır. Bu nedenle ameliyat öncesi kişiler detaylı biçimde aydınlatılıp müdahalenin etki ve sonuçları açıkça belirtildikten sonra ameliyat edilmelidir⁸⁰. Aksi durumda 2827 Sayılı Kanun'da belirtilen sterilizasyona ilişkin koşullar yerine getirilmediğinden TCK 101. maddesinde düzenlenen kısırlaştırılmaya ilişkin hükümler söz konusu olacaktır.

3.1.1.2.2.4. Gebeliğin Tıbben Sona Erdirilmesi

Elektif olarak gebeliğin sonlandırılması ile gebeliğin tıbben sona erdirilmesi birbirinden farklıdır. Elektif olarak gebeliğin sona erdirilmesinde gebeliğin on haftayı geçmemiş olması zorunluluğu vardır. Gebeliğin tıbben sonlandırılmasında ise gebelik haftası zorunluluğu dikkate alınmaz. Eğer gebelik haftası onuncu haftayı aşmışsa bu durumda gebelik isteğe bağlı olarak değil ancak tıbbi açıdan anne ve bebek üzerinde ciddi bir tehlike arz ediyorsa sonlandırılabilir.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda tıbbi açıdan gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenleme mevcuttur. Kanunda gebelik süresinin on haftadan fazla olması durumunda gebeliğin sonlandırılması gerekiyorsa tıbbi bir zorunluluğun olması gerektiği belirtilmiştir. Kanundan da anlaşılacağı üzere on haftadan fazla gebeliklerde rahim tahliyesi kabul edilmemiştir. Dolayısıyla on haftadan sonraki gebeliğe son verebilmek için bir takım endikasyonların varlığı aranmaktadır.

Rahim Tahliyesi Ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzükte (Madde 5) on haftanın üzerindeki gebeliklerde rahim tahliyesini

⁸⁰YENERER ÇAKMUT, s.177.

gerektiren, kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli olan hastalıklar ve durumların neler olduğu EK-2’de gösterilmiştir.

Gebeliğin tıbben sonlandırılması için de rızaya ihtiyaç vardır. Rızaya ilişkin koşullar, 2827 sayılı NPHK’un 6. maddesindeki düzenlenmiştir⁸¹.

Aynı kanununun 5/3. maddesine göre derhal müdahale edilmediğinde hayatı ve hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerde durumu saptayan yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. 6/son maddesinde ise derhal müdahale edilmediğinde hayatı veya hayati organı tehdit eden acil hallerde veli veya sulh mahkemesinden izin alınmadan kürtaj yapılabileceği belirtilmiştir.

Gebeliğin yukarıda belirtilen koşullara uymadan sona erdirilmesi halinde cezai yaptırım söz konusu olacaktır. 5237 sayılı TCK 99. maddesi rızası olmadan çocuğunu düşürten kişinin cezalandırılacağını belirtmiştir. Aynı kanunun ikinci fıkrası gebe kadının rızası olsa bile on haftadan büyük gebeliklerin sonlandırılmasını suç olarak düzenlemiştir.

3.1.1.2.2.5. Yapay Döllenme

Yapay döllenme, cinsel ilişki olmaksızın erkekten alınan sperm ile kadından alınan yumurtanın yapay yolla döllendirilmesi işlemidir⁸². Yapay döllenme, bir tedavi yöntemi olup tıbbi müdahaleler içerisinde yer almaktadır.

Yapay döllenme hukukumuzda Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinde düzenlenmiştir⁸³. Yönetmeliğin 4. maddesinde üremeye yardımcı tedavi yöntemleri (ÜYTE) “Anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde

⁸¹ NPHK Madde 6:

5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.

⁸² ÖZDEMİR, Hayrinüsa, “Üreme Merkezlerinin Yapay Döllenmelerden Dolayı Hukuki Sorumluluğu Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Şubat 2013, Sayı 130., s.2.

⁸³ RG. 30.09.2014 – 29135.

vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları olarak tanımlanmıştır. Yönetmeliğin bu maddesi uyarınca anne babanın üreme hücreleri kullanıldığı için homolog döllenme⁸⁴ yöntemi benimsenmiştir.

Evli olmayan çiftlerin bu uygulamadan yararlanma imkanı bulunmamaktadır. Bu yöntem sırasında kullanılacak üreme hücreleri yalnızca ilgili evli çiftlerden elde edilebilir. Çiftlerin çocuk sahibi olamaması, müdahalenin kadın hastalıkları ve doğum uzmanı bir hekim tarafından yapılması, işlemin yapılacağı kişilerin evli olmaları ve bilgilendirilerek rızalarının alınması, sadece kendilerine ait üreme hücrelerinin kullanılması yapay döllenmenin koşulları olarak belirlenmiştir. Yapay döllenmede en önemli unsur kişilerin rızasının alınmasıdır.

Hekim tıbbi müdahaleyi, tıp biliminin veri ve standartlarına uygun olarak, eşler ve doğacak çocuğun sağlığı bakımından gereken özeni göstererek yerine getirmekle yükümlüdür. Yapay dölleme işlemi hekimin cezai sorumluluğuna yol açabilir. Hekimin bu işlem sırasında tıbbi bir kusur nedeni ile kişinin sağlığına zarar vermesi halinde taksir nedeni ile cezai sorumluluğu söz konusu olabilir. Hasta ile ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak başkalarına verilmesi gibi eylemler de kasten işlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, özel hayatın gizliliğini ihlal suçununu oluşturur.

3.1.1.2.2.6. Embriyo Aktarmaları

Embriyo⁸⁵, erkek ve kadın üreme hücrelerinin bir araya gelerek döllenmelerinden sonra gelişen ve büyüyen yeni canlı yapısına denilmektedir. Embriyo aktarması, erkek üreme hücreleri ile kadın yumurtasının dış ortamda döllendirilmesi ve bir süre

⁸⁴ Homolog döllenme, evlilik ilişkisi içerisinde gerçekleştirilen ve herhangi bir sebeple (psikolojik, anatomik, eşlerin birbirlerinden uzakta olması gibi) eşler arasında normal bir birleşmenin olmadığı durumlarda yapılan bir yapay döllenme yöntemidir.

⁸⁵ Embriyo, döllenme gelişmeye başlayan organizmanın, gebeliğin ilk sekizinci haftasına kadar ki dönemine verilen isimdir. Gebeliğin sekizinci haftasından sonraki dönem ise fetüs olarak adlandırılır.

geliştirildikten sonra ana rahmine yerleştirilerek gelişmenin orada devam etmesinin sağlanması yöntemidir⁸⁶.

Embriyo aktarmalarında kadın veya erkeğin üreme yetenekleri, gebelikle ilgili sorunlara bağlı olarak farklı yöntemler uygulanmaktadır.

İlk yöntem; evli bir kadının yumurta hücresi ile kocasından alınan spermin bir tüpte ya da özel kapta döllenir ve bir süre sonra döllenmiş embriyonun kadının rahmine yerleştirilmesidir. Homolog döllenmeden tek farkı üreme hücreleri dış ortamda birleştirilmektedir. Bu yola daha çok doğal yoldan gebe kalamayan eşler için başvurulur.

İkinci tür yöntem; kadının yumurtalığındaki döllenmeye mani bir sorun yüzünden kocanın spermi başka bir kadında suni yoldan döllenmekte ve sonra bu yumurtalar oradan alınıp eşinin rahmine yerleştirilmektedir⁸⁷.

Üçüncü yöntem, evli kadının gebeliği yürütemeyecek ve doğumu kaldıramayacak yapıda ise eşiyle gerçekleştirdiği normal bir cinsel birleşme sonunda oluşan embriyo yabancı bir kadının rahmine transfer edilmekte ve doğum bu kadın tarafından yapılmaktadır. Doğan çocuk aileye verilmektedir.

Dördüncü yöntem ise; kadın ve kocanın her ikisinin de üreme yeteneğine sahip olmadığı hallerde uygulanmaktadır. Bu durumda başka bir kadınla erkeğin cinsel birleşmesinden elde edilen embriyo, üreme yeteneği olmayan ancak hamileliği devam ettirme yönünden sorunu olmayan kadının rahmine aktarılmaktadır. Bu yöntem aynı zamanda doğum öncesi evlat edinme olarak bilinmektedir⁸⁸.

Yukarıda bahsedilen embriyo aktarma türlerinden hukuka ve ahlaka uygun kabul edilen ve öğretide kabul gören ilk yöntemdir. Diğer yöntem türleri heterolog döllenme benzeri olduğundan hukuka uygun değildir⁸⁹.

⁸⁶ ZEVKLİLER, Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, s.34.

⁸⁷ AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, s.43.

⁸⁸ ZEVKLİLER, Aydın, Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, s.34-35.

⁸⁹ AYAN, s.43. ; ÇAKMUT, s.174.

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin⁹⁰ 1. maddesinde bu yardımdan çocuk sahibi olamayan evli çiftlerin yararlanabileceği belirtilmiştir. Yönetmelikte de belirtildiği üzere eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır, herhangi bir şekilde donör kullanılamaz ve adaylardan alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyolar, başka adaylarda ve aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılamaz. Aynı yönetmelikte adaylardan fazla embriyo elde edilmesi halinde her iki eşin rızası ile embriyolar dondurulmak sureti ile saklanır. Evli çiftlerin rızası olsa dahi saklanan bu embriyolar başka bir kadına uygulanamaz. İlgili yönetmelikteki madde hükümlerinden de anlaşılacağı üzere hukukumuzda sperm ve yumurta bağıışı veya embriyo bağıışı yasaklanmış, yöntemin yalnızca evli çiftler arasında uygulanabileceği kabul edilmiştir⁹¹.

3.1.1.3. Mutlak Olarak İyileştirme Amacına Yönelik Olmayan Tıbbi Müdahaleler

Bu tür müdahalelerde amaç hastayı iyileştirmek değildir. Estetik müdahaleler, elektif olarak gebeliğin sona erdirilmesi bu tür müdahalelere örnek olarak verilebilir.

3.1.1.3.1. Estetik Müdahaleler

Estetik tıbbi müdahaleler, kişilerin doğuştan ya da sonradan meydana gelen nedenlerle fiziksel görünümünde anatomik yapıya veya beğeniye uygun değişiklik yapılmasını amaçlayan tıbbi müdahaledir. Estetik müdahale, fiziki görünümün tıbbi el atma ile güzelleştirilmesi işlemidir⁹².

Estetik cerrahi girişimler nedenine göre tasnif edildiğinde üç tür tıbbi girişim belirlenmektedir⁹³.

- Fiziki bir rahatsızlığı gidermek amacı ile yapılan estetik cerrahi girişimler: Vücutta mevcut bir görünüm bozukluğunun ortadan kaldırılması, düzeltilmesi

⁹⁰ RG. 30.09.2014 - 29135

⁹¹ GÖKCAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s.369.

⁹² Gökcan, H.Tahsin, Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk, Terazi Hukuk Dergisi,C.9,S 93, Mayıs 2014, s.120

⁹³ ÖZAY, Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2006, s.25.

amacı ile bazı estetik girişimler yapılabilmektedir. Bu bozukluklar doğuştan ya da sonradan ortaya çıkmış olabilir. Kişinin kolundaki bir yara izinin veya yüzündeki yanığın ya da tavşan dudak denilen doğuştan gelen anomalinin düzeltilmesi bu şekildedir.

- Ruhsal rahatsızlığı gidermek amacı ile fiziki görünümde değişiklik yapılması: Kişinin vücudundaki herhangi bir yerindeki görünümünden mutsuz olacak derecede rahatsızlık duyması nedeni ile yapılan estetik operasyonlardır. Burun yapısında değişiklik yapılması, göğsün büyütülmesi ya da küçültülmesi, saç ekimi, yüz gerdirme gibi cerrahi işlemler bu kapsamdadır.
- Salt güzelleştirme amaçlı estetik cerrahi müdahaleler: Vücutta fiziki bir görünüm bozukluğu olmasa veya mevcut durum ruhsal rahatsızlık vermese dahi, kişinin daha güzel görünme, görünümünde değişiklik ihtiyacı duyma gibi nedenlerle talep ettiği tıbbi girişimlerdir. Yüz gerdirme, diş protezi yaptırma, göğüste büyültme veya küçültme işlemleri vb. bu şekildedir.

Estetik müdahalelerin mutlaka cerrahi olması gerekmemekle birlikte çoğunlukla cerrahi girişimlerden oluşmaktadır. Dudaklara silikon enjekte edilmesinde olduğu gibi cerrahi müdahale olmadan da yapılan estetik müdahaleler mevcuttur.⁹⁴ Estetik cerrahi bazı yan dallara ayrılmaktadır. Bunlar; plastik cerrahi ve onarım cerrahisidir. Yüz yaralanmaları, yüz bölgesi kaza ve tümör ameliyatı sonrası onarımları, doğuştan el anomalileri, göz çevresi travma ve deformiteleri, doğmalık dudak, damak ve yüz yarıkları, doğuştan kafatası şekil bozuklukları, kopan organların yerlerine dikilmesi vb. plastik cerrahi kapsamına giren cerrahi girişimlerdir. Kazalar sonucu oluşan doku ve organ kayıplarının onarımı, yanık sonucu oluşan doku ve organ kayıplarının onarımı, doğuştan eksik veya kusurlu olan organların onarımı, tümör ameliyatları sonrası eksilen veya bozulan organların onarımı vb girişimler onarım cerrahisi diğer bir ifade ile rekonstrüktif cerrahi kapsamına girmektedir.

Doğuştan veya sonradan meydana gelen fiziksel görünüm bozukluklarına yönelik estetik girişimler, temelde tedavi amaçlı olduğundan hukuka uygunluk konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Ruhsal rahatsızlık nedeni ile yapılan estetik tıbbi girişimler

⁹⁴ TEMEL Erhan, “Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, II. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara,7-8 Kasım 2008)”, Ankara, 2009, s.228.

de tedavi amacı ile gerçekleştirildiği için hukuka uygun sayılacağı genellikle düşünülmektedir⁹⁵. Ancak salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerin hukuka uygunluğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide bir kısım yazarlar, hangi amaç için olursa olsun estetik ameliyatları tedavi edici niteliğe sahip olmaması nedeniyle tıbbi müdahale olarak nitelendirmeyip bu tür müdahaleleri hukuka aykırı olarak kabul etmektedirler⁹⁶. Bir kısım yazarlar ise, her türlü estetik ameliyatı cerrahi müdahale dolayısıyla tıbbi müdahale olarak değerlendirmektedir. Bu görüşün temelinde ister tedavi ister güzelleşme amacı olsun tüm estetik müdahalelerin doğrudan ve dolaylı olarak tedavi amacını güttüğüdür. Güzelleşme çabalarının kişinin ruhsal sağlığını korumak ya da düzeltmek bakımında dolaylı bir tedavi yöntemi olduğu kabul edilmektedir⁹⁷.

Beden ve ruh sağlığı birbirinden ayrılmaz bir bütündür. Dünya Sağlık Örgütü sağlığı; herhangi bir hastalık ve güçsüzlük halinin olmaması ve bedenen, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyi olma durumu olarak tanımlamaktadır. Tam sağlık halinde hastanın ruhsal olarak da tedavi edilmesi gerektiğinden güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerin de hukuka uygunluğu kabul edilebilir. Kanaatimizce de estetik amaçlı müdahaleler tıbbi müdahale sayılmalıdır.

Estetik müdahalelerin hukuka uygunluğu için ilgilinin sağlığı veya tıbben bir sakınca bulunmamalıdır. Eğer bir estetik ameliyat tehlikeli sonuç doğurmaya yol açacaksa uygulanmamalı ya da ameliyat kişiye zarar vermeyecek şekilde sonlandırılmalıdır.⁹⁸ Yapılacak ameliyatın yaratacağı tehlike oranı yüksek olduğu halde müdahaleden kaçınılmaz ise eylem hukuka aykırı olur⁹⁹.

Estetik müdahalelerde belirli bir fiziksel görünümün elde edileceği yolunda hekim tarafından garanti verilmiş ise, bu durumda hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin “eser sözleşmesi” niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁰. Yargıtay kararlarında estetik müdahalelerin eser sözleşmesinin konusunu oluşturduğu kabul edilmektedir.

⁹⁵ BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, s.169.

⁹⁶ GÜRELLİ, Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırı, s.272.

⁹⁷ PETEK, Hasan, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, S:1, 2006, s.183.

⁹⁸ PETEK, a.g.e., s.185.

⁹⁹ ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s.182.

¹⁰⁰ LOEFFER, s.26, aynı görüşte olan ve aktaran AYAN, s.53.

Yargıtay saç ekiminin¹⁰¹, diş protezi¹⁰² yapılmasını da eser sözleşmesi kapsamında değerlendirmektedir.

Estetik müdahaleleri hukuka uygun kılan kişinin rızasıdır. Bu rızanın hekim tarafından ameliyatın tüm risk ve sonuçları konusunda aydınlatıldıktan sonra alınmış olması gereklidir. Bu tür ameliyatlarda hekimin sorumluluğu diğer ameliyatlara oranla biraz daha fazladır. Çünkü bu ameliyatlarda kişinin fiziki görünüşünde değişikliğe yol açar. Bu nedenle hekim hastasına ameliyat hakkında detaylı bilgi vermelidir. Aydınlatılmış onam olabildiğince detaylı olmalı, ameliyata ve sonrasına ilişkin tüm bilgileri, tehlikeleri içermelidir. Yeterli aydınlatılma yapılmadan alınan rıza ile yapılan müdahale hukuka aykırı olacaktır.

3.1.1.3.2. Elektif Olarak (İsteğe Bağlı Olarak) Gebeliğin Sona Erdirilmesi

Gebeliğe son verme diğer bir ifade ile kürtaj, ana rahminde yerleşmiş bulunan ceninin tıbbi bir nedenle ya da gebenin isteği üzerine alınması veya çıkmasının sağlanması biçiminde tanımlanabilir. Gebelik haftası on haftadan az ise elektif olarak gebelik sonlandırma işlemi hastanın rızası alınarak¹⁰³ ve sadece kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından yapılabilmektedir.

Elektif kürtaj, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5/1.maddesinde ve bu kanununa dayanılarak çıkarılmış bulunan 83/7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğün 4. Maddesinde düzenlenmiştir.

Annenin sağlığı açısından tıbbi bir sakınca olmaması durumunda ve gebelik on haftayı geçmemiş ise gebeliğin elektif olarak sonlandırılabilceği belirtilmiştir. Gebeliğin sonlandırılması işlemi tıbbi müdahale olduğu için kişinin rızasının alınması zorunludur. Rıza alınacak kişi ise gebe kadındır. Evli kadının kürtajında ayrıca eşinin de rızası gereklidir. Eğer gebe kadın küçükse kendi rızasının yanında velisinin de rızası gereklidir. Gebe kadın vesayet altında ise ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlı

¹⁰¹ Yargıtay 15.HD. , 22.06.2009, 2009/2008, 2009/3757

¹⁰² Yargıtay 15. HD., 29.12.2010, 2010/6801, 2010/7351

¹⁰³ BARIŞ, Erman, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s.204.

kadında kadının izni ve sulh hakiminin onayı gereklidir. Gebe kadın temyiz kudretinden yoksun ise rızanın alınmasına gerek yoktur. Küçük temyiz kudretinden yoksun ve vesayet altında olan gebe kadın evli ise, gebeliğin sonlandırılmasında eşinin de rızası alınır.

Gerekli olan rızaların alınmasına rağmen, gebeliğin elektif olarak sonlandırılmasında verilen iznin geçerliliği için gebeliğin on haftayı geçmemiş olması gereklidir. Aksi takdirde hukuka aykırılık ortaya çıkar ve buna ilişkin yaptırım Türk Ceza Kanun'unun 99/2. maddesinde düzenlenmiştir.

Gebeliğe elektif olarak son vermede yapılacak olan tıbbi müdahalenin annenin sağlığı açısından sakıncalı olmaması gerekmektedir. Hekim, tıp biliminin kurallarına uyarak gebe kadına karşı en üst düzeyde özeni göstermekle yükümlüdür.

3.1.1.4. İlaç Tedavileri

İlaç, bir hastalığın önlenmesi, teşhisi ya da tedavisi amacıyla insanlara verilen, uzun klinik araştırmalar sonunda canlı organizması üzerindeki fizyolojik ve farmakolojik etkileri belirlenmiş ve etken maddesinin çağdaş standartlara göre formüle edilerek biyoyararlarının düzeyleri saptanmış olan kimyasal bileşiklerdir¹⁰⁴.

İlaç tedavisi, tedavi amacı ile yapılan tıbbi müdahaleler arasında yer almaktadır. Tedavi için kullanıldığında organizmayı hastalıklardan korumak, teşhis işlemlerini kolaylaştırmak, tedavi planını sağlamak, cerrahi girişimlere yardımcı olmak amacını taşımaktadır¹⁰⁵.

İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelikte¹⁰⁶ ilaç- beşeri tıbbi ürün: “hastalığı önlemek, teşhis etmek, ve/veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacı ile insana uygulanan doğal, sentetik veya biyoteknoloji kaynaklı etkin maddeyi veya maddeler kombinasyonunu” ifade eder.

¹⁰⁴ BÜYÜKBİNGÖL, Erdem, “İlacın tanımı”, Ankara Barosu II. Sağlık Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, s.282.

¹⁰⁵ ATEŞ, Turan, ”Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumluluğu”, İstanbul, Nobel Tıp Kitapevleri, 2012, s.10.

¹⁰⁶ RG. 25.06.2014-29041

Ülkemiz mevzuatında ilaç terimi yerine “beşeri tıbbi ürün” terimi kullanılmaktadır. Beşeri tıbbi ürün, Beşeri Tıbbi Ürünlerin Sınıflandırılmasına Dair Yönetmelikte hastalığı tedavi etmek veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal, sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonu olarak tanımlanmıştır¹⁰⁷.

İlaçlar, farmakolojik etkili olan veya farmakolojik etkisi olmayan ilaçlar olarak ikiye ayrılabilir. Farmakolojik etkili ilaçlar tedavi edici özelliğe sahiptirler. Bu ilaçlar genellikle hekim tarafından reçete edilir. Bu nedenle bu ilaçların kullanımında tıbbi sorumluluğa ilişkin esaslar geçerlidir. Özellikle, hekimin ilacın kullanım şekli dozajı ve yan etkiler hakkında hastayı aydınlatma yükümlülüğü vardır. Yine hekim ilacın seçiminde özenli davranmalı ve ilacın hasta üzerinde yapabileceği olası etkileri göz önünde bulundurmalıdır. Tedavi sürecinin tamamı, ilaçların ne zaman ve ne şekilde kullanılacağı, ilaç kullanımını sonrasında ne tür etkiler ortaya çıkabileceği, konularında hasta ilacı kullanmadan önce bilgilendirilmelidir. Hastaların ilaç prospektüsünü okumak gibi bir zorunluluk yoktur. Hekim hastasını aydınlatmakla yükümlüdür. Hekim bu özen yükümlülüğüne aykırı davrandığında ortaya çıkacak zarardan sorumlu olacaktır¹⁰⁸.

Farmakolojik etkisi olmayan ilaçlar ise içeriğinde farmakolojik unsur bulunmayan ilaçlardır. Bu ilaçlar hem tedavi hem de klinik araştırmalar için kullanılmaktadır. Bunlar özellikle psikiyatri alanında hastaların tanı ve tedavisinde kullanılmaktadır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesininin 20. maddesinde farmakolojik etkisi olmayan ilaçların kullanımına ilişkin düzenleme mevcuttur.

3.1.2. Beden Bütünlüğüne Yönelik Olmayan Tıbbi Müdahaleler

Deri bütünlüğü bozulmaksızın ağız ya da deri yolu ile vücuda alınan ilaçla tedavi, terapi yolu ile psikolojik tedavi beden bütünlüğüne yönelik olmayan tıbbi müdahalelere örnek verilebilir¹⁰⁹. Ameliyat sonrası ya da diğer bir tıbbi müdahale veya

¹⁰⁷ RG 17. 02. 2005-25730.

¹⁰⁸ AYAN, s.37.

¹⁰⁹ SAVAŞ, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis, Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, 3. Baskı, Ankara, Haziran 2013, , s.28.

ilaç tedavisi sonrası kontrol amaçlı faaliyetler de beden bütünlüğüne yönelik olmayan tıbbi müdahalelerdir. Bu tür müdahalelerde de hekimin yaptığı yanlış yöntemler onun sorumluluğuna yol açar.

3.2. Tedavi Yönteminin Tıp Bilim ve Uygulanmasında Yerleşik Olup Olmamasına Göre Tıbbi Müdahaleler

3.2.1. Geleneksel Yöntemlerle Yapılan Tıbbi Müdahaleler

Uzun zamandır uygulanan ve tıp bilimi ve uygulamasında yerleşmiş bulunan müdahalelerdir. Hasta denenmiş yöntemlerle tedavi edilmektedir¹¹⁰. Denenmiş yöntemlerle tedavi uygulanıyor olması hastanın aydınlatılması ve onamının alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Hekimin hastayı aydınlatma ve bu konuda gerekli özeni gösterme yükümlülüğü vardır.

3.2.2. Yeni Yöntemlerle Yapılan Tıbbi Müdahaleler

Yeni yöntemlerle yapılan tıbbi müdahaleler, yeni yöntemlerle hastaların tedavi edildiği tıbbi müdahalelerdir. Yeni yöntemler kullanılması sebebi ile tıbbi müdahale ve sonuçları hakkında hasta ayrıntılı olarak bilgilendirilmeli ve hastadan alınacak rıza geleneksel yöntemdekinden daha geniş kapsamlı olmalıdır. Bu başlık altında deney ve deneme kavramları ayrı olarak, deneme kavramı tedaviye yönelik araştırma yöntemleri içerisinde, deneyler ise deneysel araştırmalar içerisinde incelenecektir. Zira 5237 sayılı TCK'nun 90. maddesinde deney ve denemenin koşulları düzenlenmiş ve bu kavramlar birbirinden ayrı suç olarak düzenlenmiştir.

3.2.2.1. Tedaviye Yönelik Araştırma Yöntemleri (Deneme)

Deneme ile henüz kesin olmamakla birlikte, araştırmaya bağlı olarak o ana kadar elde edilen bazı temel bilimsel verilere dayanılarak hasta üzerinde yapılan tedavi amaçlı uygulamalar kastedilmektedir. Bu nedenle denemeler esasında tedavi amaçlı tıbbi girişim niteliğindedir¹¹¹.

¹¹⁰ AYAN, s.10.

¹¹¹ GÖKCAN, s.448.

Tedaviye yönelik araştırma yöntemleri, hastanın yeni yöntemlerle tedavi edilmesidir. Burada amaç hastanın tedavi edilip eski sağlığına kavuşmasıdır¹¹².

5237 sayılı TCK'nun 90/4. maddesinde “ 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” hükmü yer almaktadır.

Madde metninden anlaşılacağı üzere belli koşulların gerçekleşmesi halinde, hasta üzerinde rızaya dayalı tedavi amaçlı denemeler uygulanabilmektedir. Hasta üzerinde tedavi amaçlı deneme yapılabilmesi için, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması, denemenin mahiyet ve sonuçları konusunda yeterince bilgilendirilme yapılarak alınan rızasına dayalı olarak, hastane ortamında ve uzman hekim tarafından bilimsel yöntemlere uygun şekilde yapılması zorunludur. Bu koşullar olmadığı takdirde hasta üzerinde deneme yapılması mümkün değildir. Burada rıza hukuka uygun bir aydınlatma sonrasında verilmiş ve yazılı olmalıdır. Kanunda denemeler bakımından etik kuruldan izin alma şartı öngörülmemiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 32/1. maddesinde “Hiç kimse; Bakanlığın izni ve kendi rızası bulunmaksızın, tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı hiçbir tıbbi müdahale konusu yapılamaz” denilmiş olup sadece tecrübe, araştırma ve eğitim amaçlı müdahalelerde bakanlığın iznini aradığından denemeler açısından herhangi bir izne gerek görülmemektedir.

Tedavi etme amaçlı olsa da belirtilen koşullar dışında hekimin yapacağı tüm işlemler hekimin cezai sorumluluğunu doğuracaktır.

¹¹² AYAN, s.14.

3.2.2.2. Deneysel Araştırmalar (Deney)

Deney, bilimsel bir gerçeği göstermek, bir yasayı doğrulamak, bir varsayımı kanıtlamak amacıyla yapılan işlem, tecrübedir¹¹³. Deney, bir anlamda standardın aşılması demektir.¹¹⁴ Bilimsel deneylerde hastanın tedavisi amaçlanmaz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda insan üzerinde deneyin hangi koşullarda yapılabileceği maddeler halinde belirtilmiştir.

TCK'nun 90/2. maddesinde: İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için;

- Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli izin alınmış olması,
- Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,
- İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açasından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,
- Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,
- Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,
- Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,
- Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması gerektiği belirtilmiştir.

Madde metninde anlaşılacağı üzere insan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel bir deneyde öncelikle deneyle ilgili tüm izinlerin alınmış olması gerekmektedir. "İlaç ve

¹¹³ www.tdk.gov.tr

¹¹⁴ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 65.

Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik”te¹¹⁵ ilgili resmi makamlardan ve etik kurullardan izin alınması gerektiği belirtilmiştir.

Türk Ceza Kanunu, insan üzerinde deney bakımından belirli bir yer koşulu öngörmediği halde, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu¹¹⁶ bu tür araştırmaların üniversite araştırma ve sağlık merkezlerinde, üniversitelere bağlı onaylanmış araştırma- geliştirme merkezlerinde, Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezinde, Sağlık Bakanlığı Eğitim ve Araştırma Hastanelerinde yapılmasına izin vermiştir.

Rızaya dayalı bilimsel deneyin hukuka uygun olabilmesi için yukarıda sayılan koşulların tamamının gerçekleşmesi gerekir. Bu koşullar alternatif koşullar değil, birlikte gerçekleşmesi gereken koşullardır.

Türk Ceza Kanunu’nun 90/3. maddesi ile çocuklar üzerinde deneyin şartları düzenlenmiştir. Buna göre çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için büyükler için aranan ve yukarıda sayılan tüm koşullar çocuklar üzerindeki deneylerde de aranır. Bu koşullara ek olarak;

- Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,
- Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,
- Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması, gerekir.

Çocuk üzerindeki yapılacak deneyin suç teşkil etmemesi, hukuka uygun olabilmesi için 90/2-3. fıkradaki tüm şartların bir arada bulunması gerekmektedir.

¹¹⁵ 25 Haziran 2014 tarihli ve 29041 sayılı Resmi Gazete yayımlanan yönetmelik değişikliği ile Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik ismi ve bazı maddeleri değiştirilmiştir.

¹¹⁶ RG. 15.05.1987-19461.

4. HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALENİN KOŞULLARI

4.1. Genel Olarak

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak değerlendirilebilmesi için; tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi, kanunen öngörülmüş amaçlara yönelik olması, tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olarak yapılması ve hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesi gereklidir. Bu koşullardan herhangi birinin yerine getirilmemiş olması tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecek ve hekimin tıbbi müdahalesinin taksirle yaralama suçunun oluşmasına neden olabilecektir.

4.2. Tıbbi Müdahalenin Tıp Mesleğini İcraya Kanunen Yetkili Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu ancak, tıbbi müdahalenin yetkili kimseler tarafından gerçekleştirilmesiyle sağlanır. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda (TŞSTİDK) kimlerin tıbbi müdahalede bulunabilecekleri açıkça belirtilmiştir. Bu kanuna göre tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler hekim ve hekim dışında kalan sağlık personelidir¹¹⁷.

¹¹⁷ TŞSTİDK'a göre tıbbi müdahalede bulunabilme açısından yetkili kılınan meslekler şunlardır: Hekimler (TŞSTİDK, m.1), küçük sıhhiye memurları (TŞSTİDK, m.3/1), diş hekimleri (TŞSTİDK, m.29), ebeler (TŞSTİDK, m.47), hastabakıcı hemşireler (TŞSTİDK, m.63), diş protez teknikerleri (TŞSTİDK, Ek Madde 7), klinik psikologlar (TŞSTİDK, Ek Madde 13/a), fizyoterapistler (TŞSTİDK, Ek Madde 13/b), odyologlar (TŞSTİDK, Ek Madde 13/c), diyetisyenler (TŞSTİDK, Ek Madde 13/ç), dil ve konuşma terapistleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/d), podologlar (TŞSTİDK, Ek Madde 13/e), sağlık fizikçileri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/f), anestezi teknisyeni/teknikerleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/g), tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikerleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/ğ), tıbbi görüntüleme teknisyenleri/teknikerleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/h), ağız ve diş sağlığı teknikerleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/ı), diş protez teknikerleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/i), tıbbi protez ve ortez teknisyenleri/teknikerleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/j), ameliyathane teknikerleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/k), adli tıp teknikerleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/l), odyometri teknikerleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/m), diyaliz teknikerleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/n), fizyoterapi teknikerleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/o), perfüzyonistler (TŞSTİDK, Ek Madde 13/ö), radyoterapi teknikerleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/p), eczane terapistleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/r), iş ve uğraşı terapistleri (ergoterapistler) (TŞSTİDK, Ek Madde 13/s), iş ve sağlığı terapistleri (ergoterapi teknikerleri) (TŞSTİDK, Ek Madde 13/ş), elektronörofleyoloji teknikerleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/t), mamografi teknikerleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/u), acil tıp teknikerleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/ü), hemşire yardımcıları (TŞSTİDK, Ek Madde 13/v), ebe yardımcıları (TŞSTİDK, Ek Madde 13/y), sağlık bakım teknisyenleri (TŞSTİDK, Ek Madde 13/z)

4.2.1. Tıbbi Müdahalenin Hekim Tarafından Gerçekleştirilmesi

Tıbbi müdahale kavramından bahsedildiğinde, akla gelen ilk meslek grubu hekimlerdir. Hekim kavramı ile tababet kavramı arasında yakın bir ilişki olduğundan hekim kavramını açıklamadan önce tababet kavramına değinmek gerekir. Tababet; hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla başvurulmuş teknik ve bilimsel çalışmaların tümünü ifade eder. Bu uygulamayı icra eden kişiye de hekim adı verilir¹¹⁸. Hekim tababeti uygulayan kimsedir. Hekim, insan sağlığı ile uğraşan ve hastalıkları tanımayı ve iyileştirmeyi kendine uğraş edinen kişidir¹¹⁹. Bu itibarla, tıp öğrenimi görüp tıp sanatını uygulamaya hak kazanan hekim grupları: pratisyen hekimler, uzman hekimler ve diş hekimleridir.

Veteriner¹²⁰, ebe, sağlık memuru vd. gibi sağlık alanında hizmet veren meslek grupları¹²¹ tıp ile ilgili sahalarda çalışmalarına rağmen tıp fakültesinden mezun olmadıkları ve kanunlara uygun olarak bu mesleği icra etmeye yetkili kılınmadıkları için hekim kavramı içinde yer almamaktadırlar.

Aynı şekilde intern hekimleri¹²² henüz diploma almadıkları ve hekimlik mesleğini bağımsız olarak icra edemedikleri için hekim olarak kabul etme olanağı yoktur.

Tıp fakültesi mezunu olup, hekim sıfatını kazanmış kişiler kural olarak tıbbin bütün alanlarında tıbbi müdahale yetkisine sahiptir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 8. maddesinde Türkiye'de hekimlik yapma bakımından uzmanlık şartı aranmamıştır. Ancak bazen bazı tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilebilmesi için kişinin tıp fakültesini bitirip hekimlik diplomasını alması yetmez. Söz konusu müdahalenin ilgili uzmanlık alanında uzman olmuş hekimlerce yapılması zorunludur. Bu durum, uygulamada hekimlerin uzmanlık seviyelerine göre pratisyen ve uzman hekimler olmak üzere iki ayrı gruba ayrılmasını gerektirmiştir. Tıp fakültesi mezunu olan hekim "pratisyen hekim" ünvanı ile mesleğini yapmak iken

¹¹⁸ BAYRAKTAR, s.24.

¹¹⁹ AŞÇIOĞLU, s.1.

¹²⁰ Veterinerler insan sağlığını uğraş edinmediği için hekim kavramı içerisinde yer alamaz.

¹²¹ Ebe, sağlık memuru, hemşire, çeşitli tıp alanlarındaki teknisyenler radyoloji teknisyeni, anestezi teknisyeni gibi sağlık çalışanları dahi hekim olarak kabul edilemezler

¹²² İntern hekim, tıp fakültesi son sınıf öğrencilerine verilen isimdir.

uzmanlık eğitimi veren bir tıp kurumunda, bir alanda uzmanlık eğitimini tamamlayan hekim ise “uzman hekim” ünvanını kazanmaktadır.

Örneğin rahim tahliyesi ve sterilizasyon ameliyatlarında özel uzmanlık sınırlandırılması söz konusudur. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ün 3. maddesine göre rahim tahliyesi kadın hastalıkları ve uzmanınca yapılır. Ancak Bakanlık’ça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetimi ve gözetiminde menstürel regülasyon yöntemi ile rahim tahliyesi yapabilirler. Aynı tüzük 7. maddeye göre acil haller de dahi, rahim tahliyesini kadın hastalıkları ve doğum uzmanının yapabileceği belirtilmiştir.

Yine 3153 sayılı Radyoloji, Radiom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanunun 1. ve 2. maddeleri uyarınca Münhasıran röntgen şuaı vasıtasile teşhis veya hem teşhis ve hem tedavi yahut radyom veya radyom emanasyonu yahut radyom mürekkebatı ile veya her türlü elektrik aletler ile tedavi yapmak için müessese açmak Sağlık Bakanlığının iznine tabidir. Bu tür yerleri yalnızca uzmanlık belgesine sahip olan hekimler açabilmektedirler.

Uzmanlık gerektiren diğer bir husus 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanunda düzenlenmiştir. Bu kanunun 3. maddesi gereğince cerrahi girişimlerin yapılabilmesi için uzman olmak şarttır. Aynı kanunun 23. maddesinde ise genel veya lokal anestezi ile yapılan büyük ameliyatların mutlaka bir uzman hekim ile beraber diğer bir hekim tarafından yapılması gerektiği belirtilmiştir. Ancak uzman bulunmaması ve getirilmesinin mümkün olmaması durumunda yapılması zorunlu ameliyatlar ile acil durumlarda bu şart aranmamaktadır.

992 sayılı “Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanuna 1. maddesine göre de yalnız uzmanlığını almış hekimlerce açılabilceği düzenlenmiştir¹²³.

¹²³ RG. 30.03.1927-580

Uzmanlığı olmayan bir hekimin, uzmanlık belgesi aranan bir müdahalede bulunmaya teşebbüs etmesinin, müdahalenin tıbbi müdahale olma vasfını etkilemediğini, ancak kendi bilgi seviyesinin çok üstünde bir müdahaleye girişmiş olması sebebiyle özen borcuna aykırılık teşkil edecektir¹²⁴. Kural olarak, tıbbi müdahalede bulunan kişinin yetkili olması, sırf hekim olması, müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlamaktadır. Uzmanlık alanı olmayan bir alanda hekimin tıbbi müdahalesi durumunda hekim taksirli hareketinden (taksirle yaralama veya taksirle öldürme suçunun faili) dolayı sorumlu tutulabilir¹²⁵.

4.2.1.1. Hekimlik Mesleğinin Şartları

Hukukumuz açısından hekimlik mesleğini icra etmeye yetkili kişilerin sahip olmaları gereken özellikleri 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre bir kimsenin hekim sıfatını kazanabilmesi için: tıp fakültesi mezunu olmak ve tıp fakültesi diplomasına sahip olmak (TŞSTİDK, m. 1), tabip odasına kayıtlı bulunmak (TTBK, m. 71) ve hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel bir halin bulunmaması (TŞSTİDK, m. 28 ve TTBK, m. 38) gerekir. Hekimlik mesleği için bulunması zorunlu en önemli unsur tıp fakültesi diplomasına sahip olmaktır. (TŞSTİDK m. 1) Ancak tıp diplomanın hekimlik mesleğinde kullanabilmesi için Sağlık Bakanlığı tarafından tasdik ve tescil edilmiş olması gerekir. Hekimlik mesleğini serbest olarak icra edecek hekimler için 23.01.1953 tarih ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu, tabip odasına kayıt olma şartını getirmiştir. 7. maddede sadece serbest hekimler için bu şartın zorunlu olduğu düzenlenmiş, söz konusu maddenin 2. fıkrasında ise serbest hekim kategorisi dışındaki hekimlerin tabip odasına kayıt olmalarının kendi taleplerine bağlı olduğu belirtilmiştir.

4.2.1.1.1. Tıp Fakültesi Mezunu Olmak ve Hekimlik Diplomasına Sahip Olmak

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'unun 1. maddesinde hekimlik mesleğini icra edebilmek için tıp fakültesi diplomasına sahip

¹²⁴ AYAN, s.7.

¹²⁵ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, s.261.

olmak gerektiği belirtilmiştir. Diş hekimleri için de diş hekimliği fakültesi diplomasının varlığı aranır.

Türkiye’de hekimlik yapmak için daha önceden zorunlu olan Türk Vatandaşı olma şartı kaldırılmıştır¹²⁶. Aynı kanunun 2.maddesi diplomanın geçerli olabilmesi için Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı’nca onaylanmış ve kaydedilmiş olması gerekeceği belirtilmiştir.

Türk vatandaşlarının yabancı ülke üniversitelerinden aldıkları diplomalar da belirli koşullarda geçerlidir. Yabancı ülkelerin tıp fakültelerinden mezun Türk hekimlerinin Türkiye’de hekimlik yapabilmeleri için belirli aşamalardan geçmesi gerekmektedir. Bu husus 1219 sayılı kanunun 4. maddesinde “(Değişik: 7/6/1935 - 2764/1 md.) düzenlenmiştir.

4.2.1.1.2. Türk Tabipler Birliğine Kaydolmak

6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanununun 7. maddesine göre bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. TBMM’nin 27.1.1956 tarihli yorum kararı nedeni ile serbest hekimlik yapabilmek için gerekli olan bu zorunluluk kamu kurumlarında çalışan hekimler için de geçerlidir.

3224 sayılı Diş Hekimleri Birliği Kanununun 17/1. maddesi uyarınca diş hekimleri de odaya kayıt yaptırmak zorundadır¹²⁷.

4.2.1.1.3. Hekimlik Mesleğinin İcrasında Geçici veya Sürekli Engel Bir Halin Bulunmaması

Hukukumuzda hekimlik mesleğini icra edebilmenin diğer koşulu da, hekimin mesleği icra engelinin bulunmamasıdır. Bu icra engeli, geçici olabileceği gibi sürekli icra engeli de olabilir.

¹²⁶ 1219 sayılı Kanunun 1. maddesinde tıp mesleğinin icrası için şart olarak öngörölmüş olan Türk olma şartı 663 sayılı KHK 58. Maddesi ile kaldırılmıştır.

¹²⁷ RG. 25.06.1985-18792.

Hekimlerin sürekli olarak meslekten çıkarılabileceği durumlar 1219 sayılı Tababet ve Şuabat San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'unun 28. maddesinde düzenlenmiştir. Hekimlik yapmayı sürekli olarak engelleyen durumlar; ağır hapis, beş seneden fazla hapis, sürekli olarak kamu hizmetinden yasaklılık veya meslek ve sanatı kötüye kullanma suretiyle işlenmiş bir fiilden dolayı iki defa mahkemece meslek ve sanatın tatili cezasıyla mahkum olan ya da sanat icra etmesine engel ve iyileşmesi olanaksız bir akıl hastalığı ile malul olduğunun muayene sonucu tespit edilmesidir. Bu hekimler, Sağlık Bakanlığı'nın teklifi ve Yüksek Haysiyet Divanı'nın kararıyla mesleğin icrasından yasaklanır ve diplomaları geri alınır.

Hekimlik mesleğini geçici olarak yapmaya engel olan durumlar 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanununun 38 ve 39. maddelerinde düzenlenmiştir.

4.2.2. Tıbbi Müdahalenin Hekim Dışında Diğer Sağlık Çalışanları ve 3. Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi

Sağlık personeli kavramı Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4. maddesinde düzenlenmiştir. Yönetmelikte personel tanımı yapılmıştır. Buna göre personel; hizmetin, resmi veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kişilerdir.

Sağlık hizmeti ile ilgili bir kurum veya kuruluşta çalışan personelin tamamına genel olarak sağlık personeli diğer bir ifade ile sağlık çalışanı da denilmektedir. Yönetmelikte sağlık personeli kavramı oldukça geniş tanımlanmıştır. Sağlık personeli kavramı içerisine ambulans sürücüsü, hastane temizlikçisi, kalorifercisi, yönetim görevlileri, tıbbi sekreter, vb. gibi kimseler de girmektedir. Tıbbi müdahaleler açısından bu sayılan kişilerin tıbbi müdahalede bulunma yetkileri yoktur. Konumuza uygun sağlık personeli ya da diğer bir deyişle sağlık çalışanı kavramını, insan sağlığına hizmet etmek, insanların sağlığını korumak ve geliştirmek, hastalıkları tanı ve tedavi etmek, ruhen, bedenlen ve sosyal yönden tam bir iyilik halinin oluşturulmasını ve devamını sağlamak amaçlarıyla, doğrudan çalışan kişiler olarak tanımlayabiliriz.

Hekim dışında kimlerin tıbbi müdahalelerde bulunabileceği 1219 sayılı Tababet ve Şuabat San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununda belirtilmiştir. Birinci Bölümde bu konu ayrıntılı olarak incelenmiş olduğundan bu bölümde yer verilmemiştir.

Bazı hallerde hukukun genel kuralları gereğince sağlık personeli olmayan bir kimsenin yaptığı tıbbi müdahalelerde hukuka uygun olabilir. Örneğin boğazına tıkanan bir şey yüzünden boğulmak üzere olan bir kimseyi kurtarmak için bıçakla nefes borusunda delik açan kişi, tıbbi müdahalede bulunmuştur. Tıbbi müdahale yapma yetkisi olmadığından, eylemi esasen hukuka aykırı olacak ise de zorunluluk hali dolayısı ile sağlık personeli olmamasına rağmen yaptığı tıbbi müdahale nedeni ile cezalandırılmayacaktır¹²⁸. Bu gibi durumda zorunluluk durumu vardır. Kişinin yaşamını kurtarmak ön plandadır. Ancak zorunlu haller dışında tıbbi müdahale yapma yetkisi sadece hekimlere veya yerine göre diğer sağlık çalışanına diğer bir deyişle personeline tanınmış bir yetki olduğundan, yetkisi olmaksızın tıbbi müdahalede bulunan kişilerin yapacağı müdahale yetki aşımı nedeni ile hukuka aykırı olacaktır. Bu durumda da yetkisiz müdahalede bulunan kişiler 1219 sayılı Kanunun ihlali dışında, ayrıca meydana gelen sonuca göre ceza kanununda yer alan kasten ya da taksirle işlediği suçtan dolayı sorumlu olacaktır. Sadece hekim ve diğer sağlık çalışanları hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanabilirler. Hekim ve diğer sağlık personeli dışındaki kimseler sadece zorunluluk hali durumunda tıbbi müdahale yapmaları halinde sorumlu tutulmayacaklardır.

1219 sayılı Kanun yetkili olmadığı halde tıbbi müdahale yapan kişileri cezalandırıcı hükümler içermektedir.

4.3. Tıbbi Müdahalenin Kanunen Öngörölmüş Amaçlara Yönelik Olması

Hukuka uygun tıbbi müdahalenin koşullarından bir diğeri de tıbbi müdahalenin kanunen öngörölmüş amaçlara yönelik olması gerektiğidir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 13. maddesinin 3. Bendinde: "Tabip ve diğ tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyarak veya diğ sebeplerle, akli veya bendeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz." hükmü yer almaktadır.

¹²⁸ HAKERİ, s.264.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere tıbbi müdahalenin teşhis, tedavi veya koruma amaçlarından en az birisini taşıması gereklidir.

4.3.1. Teşhis

Hastanın muayenesi, yapılan test ve tetkiklere dayalı olarak elde edilen bulguların değerlendirilmesi neticesinde, hastalığın tanınması veya semptomların kaynağının anlaşılması işlemi, bir hastalığın tanınması demektir. Teşhis, hastalığın ve nedenlerinin kesin olarak belirlenmesi demek değildir. Teşhis tıbbi bir görüş ve değerlendirmedir.

Teşhis uygun bir tedavi için en önemli şarttır. Hekimin teşhis koyma yükümlülüğü vardır. Zira seçilecek tedavi yönteminin isabetliliği iyi bir teşhise bağlıdır¹²⁹.

Laboratuvar tetkikleri için hastadan kan, idrar almak; MR, USG çekmek, endoskopi, rectoskopi gibi tanısal girişimler yapmak, hastanın anamnezinin alınması, palpasyonla¹³⁰ ya da özel, teknik aletlerle muayene ve araştırma yapılması, teşhis amacı ile yapılan tıbbi müdahaleler teşhis amacı taşıyan müdahalelerdendir.

4.3.2. Tedavi

Hastalığın teşhisinden sonra tıbben yapılması gereken işlem, tedaviye yönelik girişimlerde bulunmaktır. Tedavi denildiğinde bir kişinin vücudunda gerçekleştirilen ve hastalıkları, acıları, vücuttaki zararları, şikayetleri, veya ruhsal bozuklukları önlemek, tespit etmek, iyileştirmek veya azaltmak amacına yönelik olarak hekimin bütün müdahale ve tedavi amaçlı tedbirleri anlaşılmaktadır.

Tedavi konusunda hekimin yükümlülüğü, tıp biliminin verilerine göre yapılması gereken tıbbi müdahaleyi yerine getirmektir. Hekim tedaviye yönelik müdahalesinde tıbbi standartları temin etmelidir. Tıbbi standart, tedavi amacıyla denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o an ulaştığı düzeydir. Bunun dışında hekimin hastalığı tamamen iyileştirmek, tedavide mutlaka başarılı

¹²⁹ AYAN, s..65.

¹³⁰ El ile deri üzerinden muayene ederek daha alttaki organların ya da patolojik oluşumların hissedilmesi metodudur

olmak gibi bir yükümlülüğü yoktur. Tedavi yönteminin belirlenmesinde farklı alternatifler var ise, hekimin hastanın sağlığı bakımından en az zarar tehlikesi olan yöntemi tercih etmesi beklenir.

Hekimin hastalığa doğru teşhis koymasına rağmen, tedavi yönteminin seçiminde hatalı davranması durumunda olumsuz sonuçtan hekim sorumlu tutulur. Hekim hasta üzerinde tedavi yöntemini seçerken özenli davranmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğe uymamış veya bilgi eksikliği ya da kendisini mesleki yönden geliştirmemesi nedeni ile yanlış yöntem belirlemiş ise hekiminin kusurlu davrandığı kabul edilir, sorumluluğu doğar.

Tedavi de tıpkı teşhis gibi içerisinde birçok hareketi barındırır. Tedaviye örnek ilaç verme, cerrahi girişimde bulunma, psikoterapi uygulama verilebilir.

Bazen tedavi, dolaylı olarak amaçlanmış olabilir. Bu duruma örnek, estetik amaçlı yapılan ameliyatlardır. Yine organ naklinde verici bakımından tedavi amaçlanmamıştır. Doğrudan doğruya tedavi amaçlanmamış olup dolaylı yoldan tedavi amacına hizmet eden bu tür girişimler, tıbbi müdahale kabul edilmelidir.

Hekimin tedavi ile ilgili yükümlülükleri Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde, Biyotıp Sözleşmesinde, Hasta Hakları yönetmeliğinde, Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kurallarında düzenlenmiştir.

4.3.3. Hastalıktan Korunmak

Hastalıktan korunma, ortaya çıkmamış olan hastalıklara karşı bireyin korunmasını amaçlayan müdahalelerdir. Kişinin yaşamına, vücut bütünlüğüne ve sağlığına yönelik olası tehdit ve tehlikeleri uzak tutmak ve korumak amacıyla koruyucu sağlık hizmetleri sunulması da hukuken öngörülmüş amaçlardandır. Bu sebeple aşılama faaliyetleri gibi önleme amacı ile yapılan müdahaleler de birer tıbbi müdahaledir¹³¹.

¹³¹ İPEKYÜZ, s.25.

4.3.4. Nüfus Planlaması

Nüfus planlaması NPHK 'nun 2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre nüfus planlaması, fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları demektir. Sterilizasyon ve gebeliğin sonlandırılması işlemleri de nüfus planlaması amacına yönelik tıbbi müdahalelerdir.

4.4. Tıbbi Müdahalenin Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş ilke ve Kurallara Uygun Olarak Yapılması

Tıbbi müdahalenin şartlarından biri de hekim tarafından yapılan müdahalenin tıp bilimince genel kabul edilmiş ilke ve kurallar çerçevesinde yapılmış olmasıdır. Hukuken öngörülmuş teşhis, tedavi, hastalıktan korunmak, nüfus planlaması amacına yönelik de olsa hekim tarafından yapılan müdahalenin tıbbi müdahale olarak nitelendirilebilmesi için, müdahalenin tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olması gerekir.

Tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş ilke ve kurallara uygun yapılması ile anlatılmak istenen durum, tıbbi standarttır¹³². Tıbbi Standart, tıp biliminin genel olarak tanınıp, kabul edilmiş kurallarıdır. Tıp biliminin genel olarak bilinen ve tanınan bir kuralın varlığından söz edilebilmesi için, onun, hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından aynı veya benzer hadiselerde sürekli uygulanıyor olması gerekir.

Avrupa Konseyi Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunması Sözleşmesi'nin (kısaca Biyotıp Sözleşmesi) "Mesleki Standartlar" başlıklı 4. maddesi, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin "Meslektaşların Hastaları İle Münasebetleri" başlıklı 13. maddesi, Hasta Hakları Yönetmeliğinin "Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım" başlıklı 11. maddesi, Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının "Hekimin Görev ve Ödevleri" başlıklı 5. maddesi hekimin tıbbi standartı takip etmek ve uygulamak durumunda olduğunu belirtmektedir.

¹³² HAKERİ, s.328.

Hekimin hastaya uyguladığı tıbbi müdahalelerdeki özen yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanan kusurunun temelinde tıbbi standart eksikliği bulunmaktadır. Tıbbi standartın uygulandığı yerde, hekimin tıbbi müdahalesi tıp biliminin gereklerine de uygun ise hekimin kusurundan bahsedilemez. Tıbbi standart, tıbbi müdahalenin yapıldığı zamana ve hekimin bu standarda ulaşabilme olanağına göre belirlenmelidir. Hekimin yükümlülüğü yerleşmiş ve standartlaşmış kuralları uygulamaktır. Hekim her yeni yöntemi derhal uygulamak durumunda değildir.

Hekimin tıbbi standardı uygulaması kuraldır. Mevcut standarttan üstün olan, teşhis veya tedaviye ilişkin yeni metotları uygulamak veya hastaya bu imkanı sağlamak yükümlülüğü ancak bunların mümkün olması veya gerekli gözükmesi durumunda hekimin hukuksal bir yükümlülüğüdür. Geleneksel yöntemlerle tedavi bir hasta açısından ne kadar umutsuz ise hekimden yeni metotları kullanması da o kadar beklenebilir olmalıdır. Tıbbi standart da statik değildir. Yeni yöntemlerin denenmesi, bu yöntemlerin zamanla yerleşerek tıbbi standart halini alması mümkündür. Bu nedenle hekimin geleneksel yöntemlerden sapması, tek başına hekimin uygulama hatası olarak kabul edilemez. Yeni yöntemler kurallara uygun olarak uygulanmış ise hekimin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Salt hekimin tıbbi standarttan sapmış olması hekimin aleyhine sonuç doğurmaz. Yeni yöntemlerin uygulanmasında hastanın onayı gereklidir ve hasta her zaman bu onayı geri çekme hakkına haizdir. Ancak tedavi başarısı tehlikeye girecek ve aksi yönde bir irade gözükmüyor ise aydınlatma ve rızadan sarfı nazar edilebilir.

4.5. Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rıza Göstermesi

Rıza konusu “Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran İlgilinin Rızası ve Hakkın Kullanılması” bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacağından bu bölümde anlatılmayacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN İLGİLİNİN RIZASI, AYDINLATILMIŞ ONAM VE HAKKIN KULLANILMASI

1. GENEL OLARAK

Hukuka aykırılık, gerçekleştirilen fiilin hukuk düzenince izin verilmeyen, uygun bulunmayan bir hareket olması, hareketin hukuk düzeni ile çatışması olarak tanımlanabilir¹³³. Hukuka aykırılık, uyulması zorunlu olan bir hukuk normunun ihlali anlamına gelir.

Hukuka uygunluk ise, genel olarak, yasalar tarafından hukuka aykırı olarak tanımlanan bir hareketin hukuka uygun olmasıdır. Hukukun aslında hukuka aykırı olan bir harekete izin vermesi, hukuka uygunluk olarak tanımlanabilir. Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp, fiili hukukun meşru saydığı bir hareket haline getirirler. Suçun unsuru olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hukuka uygunluk nedenleri, tüm suçlar açısından söz konusudur. Bu nedenlerden birinin varlığı halinde fiil suç olmaktan çıkar ve kişi cezalandırılmaz. Hukuka uygun tıbbi müdahalenin koşullarına ikinci bölümde değinmiştik. 5237 sayılı yasanın “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlıklı İkinci Bölümünde yer alan hukuka uygunluk sebepleri, kanun hükmünü yerine getirme, meşru savunma ve zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasıdır. Konumuz açısından bu bölümde ilgilinin rızası, aydınlatılmış onam ve hakkın kullanılması konularına değinilecektir.

¹³³ ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Temel Hükümler, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, s.208

2. İLGİLİNİN RIZASI

2.1. Rıza Kavramı ve Kanuni Dayanakları

Hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluğunu sağlayan en önemli unsur rızadır. Rıza bir irade açıklamasıdır. Suçla korunan hukuki yararın sahibinin ihlale rıza göstererek bu rızanın hukuka uygun hale getirmesine ilgilinin rızası denir¹³⁴. Rıza kişinin kendisi hakkındaki kararlarını kendisi vermesini güvence altına almaktadır. Rıza kişinin (hastanın) kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olmasından doğmakta olup, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır.

Anayasanın 17/2. maddesinde “Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz” denilmiştir. Madde metninde rızanın tıbbi müdahalenin ön şartı olduğu belirtilmiştir. Anayasanın bu maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu’nun 90/2. maddesinde insan üzerinde bilimsel deney yapılmasının rızaya dayalı olması gerektiği belirtilmiştir. Yine Türk Ceza Kanunu’nun 91/1. maddesinde “hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” denilerek organ ve doku nakli konusundaki tıbbi müdahalelerin hukuken geçerli rızaya dayalı olması gerektiği vurgulanmıştır.

Türk Ceza Kanunu’nun “Çocuk Düşürtme” başlıklı 99. maddesi “Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” denilmiş olup rızanın zorunlu olduğu vurgulanmıştır. Aynı Kanunun “Kısırlaştırma” başlıklı 101. maddesinde de rızanın zorunlu olduğu belirtilmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 23. maddesi “Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz” denilerek bu madde hükmü ile de rızanın zorunluğu olduğu belirtilmiştir.

¹³⁴ KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara , Seçkin Yayınevi, 2008, s. 248.

TMK'nun 24. maddesinde "Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır" denilmiştir. Bu madde hükmü genel olarak vücut bütünlüğüne yönelebilecek girişimler bakımından kişinin rızasının zorunlu olduğunu belirtmiştir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesinde de tıbbi müdahale için rızanın zorunluluk olduğu belirtilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliğine göre de tıbbi müdahalelerde kişinin (hastanın) rızası gereklidir.

Yukarıda da değindiğimiz bazı kanun hükümlerinden de anlaşılacağı üzere hukukumuzda kural olarak tıbbi müdahale için kişinin rızası şart görülmektedir. Kimse kanunda gösterilen istisnalar dışında rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi müdahaleye tabi tutulamaz. Hastanın rızasının gerçekleştirilen tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılması için özgür ve sağlıklı bir iradeye dayanması ve bu hususun unsurları olarak ehliyet, aydınlatma ve rızanın yetkili kişiye yönelmesi önem arz etmektedir. Dolayısı ile gerekli unsurlar bakımından eksiklik taşıyan rıza, sağlıklı bir iradeye dayalı olarak beyan edilen rızanın etkisini doğuramayacak, yani tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını kaldıramayacak, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılamayacaktır¹³⁵.

2.2. Rıza Şartları

2.2.1. Rıza Ehliyeti

Hastanın rızasının hukuken geçerli olabilmesi için rıza bildirdiği tıbbi müdahalenin önemini kavrama yeteneğine sahip olması gerekir¹³⁶. Hastanın rıza yeteneğinin olup olmadığını denetleme görevi hekime aittir. Hekim, hastasını bu yönden değerlendirmeli; yaşı, fiziksel, ruhsal hali, ilaçların etkisi, algılama yetisi, kültürel

¹³⁵ ERMAN, s.79.

¹³⁶ ÖZPINAR, Berna, "Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluğun Türleri", Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım, 2007 Ankara, 2008, s.27.

özellikleri onam vermeye uygun olup olmadığı açısından tespit etmelidir¹³⁷. Müdahale ne kadar ağır bir müdahale ise veya müdahalenin ne kadar çok alternatifi var ise, rıza yeteneği konusundaki kıstaslar da o kadar sıkı olmalıdır. Basit tıbbi müdahalelerde veya hayati tehlike dolayısı ile derhal müdahalenin gerekli olduğu hallerde bu konudaki ölçütler daha gevşek olabilir.

Tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi hukuki bir işlemdir. Bu bağlamda tıbbi müdahalelere rıza verebilme yeteneğine sahip olabilme kıstasları fiil ehliyetine benzer şekilde değerlendirilmiştir.

Kural olarak ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan, fiil ehliyetine sahip tam ehliyetli kişiler her türlü hukuki işlemi bizzat yapabileceklerdir. Fiil ehliyetine sahip tam ehliyetli bir hasta, tıbbi müdahaleye rıza gösterme ya da göstermeme şeklindeki iradesini bizzat açıklayabilir ve açıklanan bu irade hukuken geçerli olur¹³⁸.

Tam ehliyetsiz kişiler ise örneğin bir akıl hastası, tıbbi müdahalenin önemini, neticelerini, sonuçlarını kavrayamayacak olmaları nedeni ile tıbbi müdahaleye rıza ancak kanuni temsilcileri vasıtası ile gerçekleştirilecektir. Bu konuda 1219 sayılı Kanunu'nun 70. maddesinde "...her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar..." şeklinde düzenleme mevcuttur.

Küçüğün rıza ehliyeti konusunda kanundaki düzenlemeleri incelediğimizde, 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesi ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 6/2. maddeleri uyarınca küçükler için rıza açıklamasının yasal temsilcileri tarafından yapılması gerekir. Sözleme hükmüne göre rıza açıklama yeteneği olmayan küçüğe sadece temsilcisi veya kanunen yetkili merciin izni ile müdahalede bulunulabileceği; yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı olarak yasal temsilcinin rızası yanında ayırt etme gücü ve rıza açıklama yeteneği bulunan küçüğün görüşünün de diğer bir ifade ile iradesinin de dikkate alınacağı bildirilmiştir.

¹³⁷ ERSÖZ, Kürşat, "Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Mayıs 2010, Cilt 5, Sayı: 45, s.113.

¹³⁸ ÖZALP Tuba, ÖZALP Faruk, Hekimin Ceza Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Mart 2014, s.31.

1219 sayılı Kanununun 70. maddesi ve Biyotıp Sözleşmesinin 8. maddesinde ilgilinin rızasının alınmadığı acil hallerde rızanın aranmayacağı belirtilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesine göre tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır. Acil hallerde ise, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre, hastanın varsayılan rızasının varlığı esas alınarak, hekimin müdahalesi hukuka uygun kabul edilmektedir. Hekim, hastanın rızası olmadan tıbbi müdahalede bulunabileceği gibi, hastayı aydınlatma yükümlülüğü de daralmaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 26. maddesinde (Değişik:RG. 08.05.2014-28994) ise, kanuni temsilcilerin hasta adına muvafakat göstermelerinin yeterli olduğu durumda bile, mümkün olduğu ölçüde, küçük ve kısıtlı olan hastanın da dinlenerek tıbbi müdahaleye katılması öngörülmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90/3-b maddesinde küçüklerden bir kısmının rıza ehliyetine sahip olabileceği kabul edilmiş, deney uygulamaları bakımından ise küçüğün rızası yeterli görülmemiştir. Türk Ceza Kanunu'na göre çocuk on sekiz yaşını doldurmamış kişidir. On sekiz yaşını doldurmamış olmasına rağmen, rıza açıklama yeteneğine sahip bir çocuk söz konusu olduğundan, onun da rızası alınmak zorundadır. Bu madde hükmü reşit olmamış olsa da bir çocuğun rıza açıklama yeteneğine sahip olabileceği belirtilmiştir.

Hukukumuzda başka bir düzenleme de 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda yer almıştır. Kanunu'nun 6/1. maddesinde gebeliğin sona erdirilmesinde tek başına velinin izni yeterli görülmemiş, küçüğün rızası da aranmıştır. Aynı Kanununun 4/2. maddesinde sterilizasyon ameliyatı tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 5. maddesinde “Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır” denilmiş olup, canlı vericiden organ ve doku alınmasına ilişkin gerekli rızanın alınması için 18 yaş sınırı ve temyiz kudretinin varlığı gereklidir. Aynı Kanunun 14/1. maddesinde “Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir” denilmiştir. Madde hükmü ile ölümden sonrası için açıklanan rızanın geçerliliği için vasiyetname yapma ehliyetine sahip olmak ve temyiz kudretine sahip olmak yeterli sayılmıştır.

2827 sayılı Nüfus Planlaması hakkında Kanunun 24/4. maddesinde “Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346. ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır” denilmiştir. Küçüğün veli ya da vasisinin tedaviyi red yönündeki iradesinin küçüğün hayatı veya sağlığını tehlikeye düşürdüğü durumlarda, Aile Mahkemesine başvurularak, velayet hakkının kötüye kullanılması veya velinin yetersiz kalması nedeni ile tıbbi girişim için izin alınması gerektiği hususu TMK’nun 346, 348, 461, 483. maddelerinde ifade edilmiştir¹³⁹. Başka bir yol da 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)¹⁴⁰ çerçevesinde tedbir alınması kararıdır. ÇKK’nun 5/1-d maddesinde “...Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına...” yönelik tedbirdir.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 26/2. madde hükmüne göre, hekim kanuni temsilcinin rıza göstermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyorsa ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması halinde hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya

¹³⁹ RG. 08.12.2001- 24607

¹⁴⁰ RG. 05.07.2005- 25876

da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Hekimin acil durumlarda tıbbi girişimlerde bulunması gerektiği Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 3. maddesinde “tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı âcil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça, ilk yardımda bulunur” şeklinde bir hukuki yükümlülük şeklinde düzenlenmiştir.

2.2.2. Rıza Açıklaması ve Rızanın Şekli

Hukuka uygun bir rızadan bahsedebilmek için hastanın tıbbi müdahaleye rızasının sağlıklı şekilde, baskı altında kalmadan, serbest irade ile açıklamış olması gerekir. Buna göre tıbbi müdahale hakkında hasta veya kanuni temsilcinin iç iradesi yeterli olmayıp dışa aksettirilmesi gerekmektedir¹⁴¹.

Tıbbi müdahaleye yönelik rıza açıklaması müdahaleden önce veya en geç müdahale sırasında gerçekleşmelidir. Tıbbi müdahaleden sonra açıklanan rıza eylemi hukuka uygun hale getirmemektedir. Bunun istisnası acil girişimlerle ilgili varsayılan rıza halidir¹⁴².

Kural olarak rızanın açıklanmasında belirli bir şekil şartı yoktur. Rızanın açıklanması açık veya zımni olarak gerçekleştirilebilir¹⁴³. İstisnai olarak 1219 sayılı Kanunun 70. maddesinde büyük cerrahi müdahaleler için rıza açıklamasının yazılı olarak yapılması gerekli olduğu belirtilmiştir. Bu hükmün dışında, 2238 sayılı Kanunda ve Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda hastanın rızasının yazılı olarak alınması şartı aranmıştır. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 28. maddesi “Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir” hükmü ile de aynı hususa işaret edilmiştir. 4721 sayılı TMK’nun 23/3. maddesinde “ yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür” hükmü ile de rızanın yazılı olması koşulu aranmıştır.

¹⁴¹ ERMAN, s.122.

¹⁴² Varsayılan rıza: hastanın bilincinin yerinde olmadığı acil durumlar ve ameliyatın genişletilmesi durumlarında söz konusu olacaktır. Hekim bu gibi durumlarla karşılaştığında hastanın durumunu değerlendirecek, tıp biliminin kurallarına göre müdahalede bulunacaktır (Bkz Özdemir, s.120)

¹⁴³ AYAN, s.12.

2.2.3. Rızanın Konusu ve Kapsamı

Kişinin sağlığına kavuşabilmek için, vücut bütünlüğü üzerinde açıkladığı rızası, mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin rıza olarak kabul edilmektedir. Üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulamayacak bir hakka ilişkin olarak açıklanan rıza hukukten bir değer taşımayacağından, böyle bir rıza üzerine gerçekleştirilecek müdahale de hukuka uygun olmayacaktır. Kişinin bedeni üzerinde gerçekleştirilecek bir tıbbi müdahaleye rıza göstermesi ve bu konuda iradesinin geçerli olabilmesi için rızanın konusunun ahlaka ve hukuka da uygun bulunması gerekir.

4721 sayılı TMK'nun 23/2. maddesinde yer alan, kişi hürriyetinin devredilemeyeceği ve kanun veya ahlaka aykırı olarak sınırlanamayacağı hükmü ile 5237 sayılı TCK'nun 26/2. maddesinde rıza açıklamasının ancak üzerinde mutlak suretle tasarruf edilebilen bir hakka ilişkin olması gerektiğine ilişkin düzenleme mevcuttur. Rızanın konusunun hukuka uygun olması demek hukuk düzeninin tasvip ettiği bir konu olması demektir. Hukuk düzenince uygun görülen bir neden olmadan gerçekleştirilen ve vücut bütünlüğünü ağır bir şekilde ihlal eden veya geri dönüşü olmayan uzuv kayıplarına yol açan fiiller, toplumun ortak mantık ve edep duygularını zedeleyeceği için ahlak ve adaba aykırı kabul edilir. Buna örnek olarak dilencilik yapılabilmesi için kolunun kesilmesine rıza gösterilmesi genel ahlak ve adaba aykırı olacağından, açıklanan rızaya dayalı olarak hareket eden kişi suç işlemiş olur¹⁴⁴.

Rıza genel ve soyut olamaz. Örneğin hastanın hastaneye yatmadan önce "bu hastanede yapılacak tüm tıbbi girişim ve ameliyatları kabul ediyorum" şeklindeki genel bir rızası hastanın kendi vücudu üzerinde neler yapılacağını bilmemesi nedeni ile geçersizdir. Hukukten geçerli bir rızanın tıbbi müdahaleler ve hekim- hasta ilişkileri yönünden söz konusu olabilmesi için hastanın aydınlatılması, bilgilendirilmesi gerekmektedir. Hastalık, olası sonuçları, tıbbi müdahalenin niteliği, meydana getireceği etkileri, olumlu ve olumsuz yönleri konularında hasta bilgilendirilmelidir¹⁴⁵. Hastanın kendi yaşamı ve sağlığıyla ilgili konularda doğru ve uygun kararı verebilmesi kişinin tıbbi müdahale konusunda yeterli derecede bilgi sahibi olmasına bağlıdır. Hastanın neye

¹⁴⁴ ŞAHİN EKİCİ, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012, s.219.

¹⁴⁵ ERMAN, s.99-120.

izin verdiğini bilmesi gereklidir. Tıbbi müdahalenin şekli, sonucu, riskleri hakkında bilgi sahibi olmayan hastanın müdahale hakkında serbestçe karar vermesi mümkün değildir. Hastanın bu konuda yanılmaması gerekir. Bu da ancak hastanın aydınlatılması sureti ile olur. Yeterli bir aydınlatma yapmadan tıbbi müdahalede bulunan bir hekim, bir kusuru olmasa bile gerçekleştirilen tıbbi müdahaleden hukuka aykırı olduğu için sorumlu tutulur. Aydınlatma ve rıza bulunmaması durumunda yapılan tıbbi müdahale iyileştirme amaçlı yapılmış olsa bile hekim, tazminat ve ceza sorumluluğu ile karşı karşıya kalabilir. Hastanın rızasının geçerli olabilmesi için, gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler hakkında hastanın kapsam ve sonuçları hakkında tam olarak aydınlatılması, hastanın verdiği rızada, iradeyi sakatlayıcı nitelikte aldatma, aldatma ve korkutma gibi hususların bulunmaması, hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesi, müdahalenin aleyhine ve lehine olabilecek olası sonuçları tartarak, kendi çıkarı doğrultusunda karar verilebilmesi için bu konuda aydınlatılması gerekir.

3. AYDINLATILMIŞ ONAM

3.1. Aydınlatılmış Onam Kavramı ve Kanuni Dayanakları

Aydınlatma, bir sorunun ya da bir kavramın tüm içerikleriyle açıklanmasıdır¹⁴⁶. Konumuz açısından aydınlatma, hekimin vereceği bilgilerle hastanın, uygulanması düşünülen tıbbi teşhis, tanı ve tedavi üzerinde serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesidir¹⁴⁷. Onam kişinin kendisi ile ilgili bir konuda başka bir kişinin tasarrufla bulunmasına izin vermesi halidir. Aydınlatılmış onam ise hekimce mental yeterliliği olan hastaya tanı ve tedavisi için uygulanması gereken, bedensel ya da ruhsal iyileştirmeye yönelik tıbbi yöntemlerin, yöntemlerin içerdiği risklerin, alternatif tedavi yöntemleri ile birlikte anlatımı ve tedavi edilmez ise sağlık gidişatı ve hastalığın seyrinin ne olacağı hakkında ayrıntılı aydınlatma yapıldıktan sonra, hastanın bilinçli ve serbest iradesi ile kendisine önerilen tıbbi tedavi yöntemini sözlü ya da yazılı olarak kabul etmesidir¹⁴⁸.

¹⁴⁶ TDKS, s.112.

¹⁴⁷ KÖPRÜLÜ, “Ömer, Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, İBD., Y.1984, C.58, S.10-11-12, s.589-613.

¹⁴⁸ AKYILDIZ/HAKERİ/ ÇELİK/ SOMER, Tıp Hukuku Atölyesi I, Birinci baskı, Ekim 2013, s.25.

Aydınlatılmış onam ilkesi dolaylı olarak yararlılık, zarar vermeme ve özerkliğe saygı gibi diğer etik ilkelerin de uygulanmasını sağlar.

Vücut bütünlüğü ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, kişiye tanınan en yüksek değerlerdeki haklardandır. Bu haklar hekimin tıbbi müdahalesinin hukuksal niteliğini doğrudan belirleyen haklardır. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal temelini ve ölçütünü oluşturmaktadır¹⁴⁹.

Aydınlatma hekimin ana ödevlerinden birisidir. Hekim doğruluktan ayrılmayarak, hastanın anlayabileceği basitlikte ve açıklıkta anlatmalı, hastanın özel aydınlanma gereksinimini gözeten ve aydınlanma hakkından vazgeçme isteğine saygı gösteren bir tutum izlemelidir.

Hukukumuzda aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin açık bir hüküm Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15/1. maddesinde yer almıştır¹⁵⁰.

Ülkemizde hastanın aydınlatılması ile ilgili gerekli koşulları düzenleyen, aydınlatılmış onam başlıklı bir düzenleme mevcut değildir. Ancak aydınlatma, aydınlatılmış onam ile ilgili kavramlar bazı genel ve özel nitelikli kanunlarda direk ya da dolaylı olarak dağınık bir biçimde düzenlenmiştir.

Aydınlatılmış onam diğer bir deyişle hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuki dayanağını 1982 Anayasası'nın 17/2. maddesi oluşturmaktadır.

Aydınlatılmış onamın ile ilgili diğer bir düzenleme de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'dur. Kanunun 23. maddesinde kişisel özgürlüklerden vazgeçilemeyeceğini, aynı Kanunun 24. maddesinde kişilik hakkına ve kişiliği oluşturan varlıklara karşı hukuka aykırı müdahalede bulunanlara karşı hangi yaptırımların uygulanacağı düzenlenmiştir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14/2. maddesinde “..... teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır” denilmekle bu hususa işaret edilmiştir. Hükümde hastanın maneviyatı üzerinde olumsuz etki oluşturmak suretiyle

¹⁴⁹ HAKERİ, s.270.

¹⁵⁰ Değişik: RG.08.05.2014-28994

hastalığın artması ihtimalinin bulunmadığı hallerde, teşhise göre alınması gereken tedbirler hakkında hastanın aydınlatılabileceği düzenlenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90/2-g maddesinde “.....deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması...” denilerek aydınlatma yükümlülüğüne işaret edilmiştir. Aynı Kanunun 26/2. maddesinde aydınlatılmış onam, ilgilinin rızası adı altında düzenlenmiştir. Söz konusu madde “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” şeklindedir. Kişi, vücut bütünlüğü ile ilgili hakları üzerinde sınırsız bir hakka sahip değildir. Dolayısıyla hiç kimse sağlığına zarar verecek fiillere rıza göstermeye yetkili değildir.

1219 sayılı tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair kanununun 70. maddesinde açıkça tıbbi müdahalelerde hasta rızasının alınması gerektiği belirtilmiştir. Madde hükmü ile yasal temsilcisi olmadığı ya da bulunmadığı hallerde veya müdahale yapılacak hastanın rıza göstermesinin mümkün olmadığı hallerde, onam alınmasının şart olmadığı öngörülmüştür. Düzenlemeye göre büyük cerrahi müdahaleler öncesinde alınacak onamların yazılı olması gerekliliği istisnai nitelikteki hükümlerdendir.

Aydınlatılmış Onam ile ilgili olarak en ayrıntılı düzenleme ise Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde yer almaktadır. Madde hükmü ile hangi konularda hekimin hastasını aydınlatması gerektiği düzenlenmiştir. Bu kapsamda hekim hastasını, sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanışı ve olası yan etkileri, olası tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır.

2238 sayılı Organ ve Dolu Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanunu'nun “Muvafakat” başlıklı 6. maddesi, “Bilgi Verme ve Araştırma Yükümlülüğü” başlıklı 7. maddesi ile hekimlerin, vericiye, organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbî, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi vermekle yükümlü oldukları belirtilmiştir. 2827 sayılı Nüfus Planlaması

hakkında Kanunu'nun "Sterilizasyon ve Kastrasyon" başlıklı 4. maddesi, "Gebeliğin Sona Erdirilmesi" başlıklı 5. maddesi, "Gebeliğin Sona Erdirilmesinden İzin" başlıklı 6. maddesinde de aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 7-15-20. maddeleri ile yönetmeliğin "Rıza Olmaksızın Tıbbi Ameliyeye Tabi Tutulmama" başlıklı 22. maddesinde, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu bakımından temel ilkeye yer verilmiş; kanunda gösterilen istisnai haller dışında, kimsenin rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi müdahalelere tabi tutulamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'de yer alan çeşitli maddelerde izin belgesinden ve bunun imzalanmasından söz edildiğinden, rahim tahliyesi ve sterilizasyon işlemleri açısından yazılılık şartı aranmaktadır.

Aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin uluslararası düzenlemeler ise 1981 yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlamış Lizbon Hasta Hakları Bildirgesidir. Bildirinin 3.maddesine göre hasta, yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra tedaviyi kabul ya da ret etme hakkına sahiptir. Bu madde ile hastanın aydınlatılma hakkı, uluslararası boyuttaki bir metinde ilk kez yer almıştır. Diğer bir düzenleme Amsterdam Bildirgesidir. Bildirinin 3/1.maddesinde; hastanın bilgilendirilmiş onayı, herhangi bir tıbbi girişimin ön koşulu olarak belirlenmiştir. Aydınlatılma hakkının hangi durumlarda kısıtlanabileceğine de bu bildirge de yer verilmiştir. Buna göre aydınlatılma hakkı, ancak hasta üzerinde açık ve olumsuz bir etkisi olduğunu destekleyen geçerli nedenlerin varlığı halinde ve hastanın bilgilendirilmeyi istememesi halinde kısıtlanabilecektir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin İkinci Bölümü "Muvafakat" başlığı altında aydınlatılmış onamdan ayrıntılı bir şekilde bahsetmektedir.

3.2. Aydınlatılmış Onamın Kapsamı

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14. maddesinde, aydınlatmanın kapsamını belirleyen genel bir hüküm bulunmaktadır. Bu maddeye göre, teşhis için alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi gerekmektedir.

Aydınlatmanın kapsamına ilişkin olarak başka bir düzenleme ise Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesinde mevcuttur. Buna göre, hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususları aydınlatmanın kapsamındadır.

Hekimin Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde; hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularını içeren aydınlatmanın kapsamı hakkında bir düzenleme bulunmaktadır.

Hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğü vardır. Aydınlatma yükümlüsü bizzat tıbbi müdahaleyi uygulayacak olan hekimin kendisidir. Hekimin yanında çalışan ancak hekim olmayan personelin yaptığı aydınlatma kural olarak hukuka aykırıdır. Anestezi uygulanacağı hallerde, anestezi hekiminin de anesteziye ilişkin aydınlatmayı yapması gerekir. Hemşirenin aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak sorumluluk alanındaki tıbbi müdahalelerde de hemşirenin aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu şüphe yoktur.

Aydınlatılması gereken kişi ise tıbbi müdahaleye maruz kalacak olan hastanın bizzat kendisidir. Hukuka uygunluk sebebi olan rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olduğundan aydınlatma, bizzat hastanın kendisine yapılmalıdır. Hastanın küçük ya da kısıtlı, temyiz kudretinden yoksun olması halinde aydınlatılacak kişi yasal temsilcisidir. Onay açısından önemli olan temyiz kudretinin varlığıdır. Dolayısı ile hekim aydınlatılacak kişiyi belirlerken hastanın ayırt etme gücünün olup olmadığına dikkat etmelidir. Hastanın kendisine sunulan bilgilerle ilgili olarak bir değerlendirme yapabilmesi için hastanın belirli bir yeterliliğe sahip olması şarttır. HHY'nin 4. maddesinde yeterlik tanımlanmıştır. Madde metninde yeterlilik “yaşının küçüklüğü

yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma hali” olarak tanımlanmıştır. Türk Hukukunda temyiz kudretine sahip bulunmayanların aydınlatılması, veli, vasi veya kayyım yapılır. Bazen karar hâkim veya mahkemeye bırakılır.

Aydınlatmanın kapsamına ilişkin genel bir kural yoktur. Aydınlatmanın kapsamı, somut olayın özelliklerine göre ortaya konmalı¹⁵¹ ve bu bakımdan hekim hastanın eğitimi, zeka seviyesi ve hastanın gidişatından edindiği tecrübeleri dikkate alarak somut olaydaki nitelik ve şartlara sahip makul ve ortalama bir insanın bekleyebileceği aydınlatmayı yapmalıdır¹⁵². Burada ölçü somut olarak hastadır. Bu konuda dikkat edilecek hususlar hastanın kültürel, toplumsal ve psikik¹⁵³ durumudur. Kapsam, hastanın anlayabileceği şekilde ne çok dar ne de çok geniş şekilde olmalıdır. Hastaya tıbbi terimlerden uzak akıcı bir dille tıbbi müdahalenin türü, kapsamı, riskleri, sonuçları, diğer alternatif yöntemleri, uygulanmadığında karşılaşılabilecek tehlikeler hakkında bilgi verilmelidir. Nadiren oluşabilen, akla dahi gelmeyecek tehlikelerin bildirilmesi zorunlu değildir. Yine hastanın kendisi açısından önemli olmayan tıbbi detaylar hakkında bilgilendirilmesine gerek yoktur¹⁵⁴.

Uygulanacak tıbbi müdahalenin özelliklerine, gerekliliğine ve riskin ağırlığına göre aydınlatmanın kapsamı belirlenmelidir. Hekim aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını hastaya uygulayacak tıbbi müdahalenin tehlike derecesine, acilliğine, doğacak yan etkilerin yoğunluğuna göre belirlemelidir. Başka bir ifade ile aydınlatmanın kapsamı tıbbi müdahalenin tehlike oranı ile doğru orantılı olarak belirlenmelidir. Tehlikelilik oranı arttıkça aydınlatmanın kapsamı mümkün olduğunca artırılmalıdır. Müdahalenin acilliği ile kapsam arasında ters orantı vardır. Yani müdahalenin acilliği ne kadar az ise kapsam genişleyecek, acillik ne kadar çok ise kapsam daralacaktır. Örnek verecek olursak estetik ameliyatlarda aciliyet durumu az

¹⁵¹ AYAN, s.75.

¹⁵² ÖZDEMİR, s.102., BAYRAKTAR, s.128.

¹⁵³ BAYRAKTAR, s.128.

¹⁵⁴ ÇAKMUT, Rıza, s.14.

olduğu için aydınlatmanın kapsamı olabildiğince geniş olmalı ve hastaya yapılacak müdahalenin türü, sonuçları ve komplikasyonları detaylıca anlatılmalıdır. Müdahalenin acil olması durumunda ise kapsam daraltacaktır. Zorunlu olmayan tıbbi müdahaleler açısından da durum aynıdır.

Hekimin bilinci açık olmayan hastayı aydınlatmasının mümkün olmaması, kanuni temsilcisine ulaşılamaması ya da müdahale sırasında aydınlatma gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda hekim makul bir insanın bu durumda uygun bir aydınlatmadan sonra müdahaleye rıza göstereceğini kabul edebileceği durumda rıza olmaksızın da müdahale edebilir¹⁵⁵.

3.3. Aydınlatmanın Zamanı

Aydınlatma ne çok erken ne de çok geç yapılmamalı zamanında yapılmalıdır. Aydınlatma, hastanın karar verme açısından zaman baskısını hissetmeyeceği, tıbbi müdahaleye izin verilmeden önce, hastaya yeterince düşünebilecek zamanı bırakmak suretiyle yapılmalıdır¹⁵⁶. Acil bir durum olmadığı sürece, hastaya tıbbi müdahale üzerinde düşünmesini, gerekli gördüğü takdirde ailesi ve diğer güvendiği kişilerin fikrini alarak serbestçe karar verebilmesi için makul ve uygun bir süre tanınmalıdır. Bu süre somut olayın özelliklerine göre değişebilir. Müdahaleden sonra verilecek onam, hukuksal olarak geçerli olmayıp icazet anlamına gelir. Zaman konusunda ölçüt olarak, müdahalenin ivediliği kriter alınabilir. Yapılacak tıbbi müdahale hasta için hayati önem taşıyorsa ve hemen yapılmazsa ağır bir zarar meydana gelecekse ameliyattan hemen önce, ameliyat masasında yapılabilir. Normal koşullar altında tam ameliyata girerken ya da ameliyattan bir gün önce aydınlatmak doğru olmayacaktır. Uygulamada ameliyat öncesindeki akşam yapılan aydınlatma yeterli görülmemiştir.¹⁵⁷ Ayakta tedavilerde aydınlatma müdahale gününde yapıldığı takdirde, zamanında yapılmış sayılır. Aydınlatılmış onamın hukuken geçerli olabilmesi ve hukuka uygunluk sebebi olarak sonuç doğurabilmesi için, eylemden önce ya da en geç eylem anında var olması ve bitene kadar da sürmesi, yani geri alınmamış olması da gerekmektedir.

¹⁵⁵ BAYRAKTAR, s.141.

¹⁵⁶ İPEKYÜZ, s.84.

¹⁵⁷ HAKERİ, s.303

3.4. Aydınlatma Çeşitleri

3.4.1. Otonomi (Karar) Aydınlatması

Karar aydınlatması, hastanın serbest bilinçle sağlığı konusunda karar vermesini mümkün kılmayı amaçlamaktadır. Karar aydınlatması tıbbi tanı ve tedaviye karar verme sürecini de kapsamaktadır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri olan aydınlatma ve rıza karar aydınlatması aşamasında ön plana çıkmaktadır. Hastanın tıbbi müdahale konusunda karar vermesi bu aydınlatma sonucunda gerçekleşecektir. Hastanın tıbbi müdahaleye karar verme sürecinde ne ölçüde aydınlatılması gerektiği ve bu aydınlatmanın hastanın geleceğini ne ölçüde etkileyebileceği sorunlarını içerir. Hasta teşhis, tedavi süreci, alternatif tedaviler, müdahale yapılmayacak ise bunun sonuçları konularında aydınlatılmalıdır.

Teşhis aydınlatması, hastanın tıbbi bulgu konusunda bilgilendirilmesidir. Teşhis; hasta ile hekim arasındaki iletişimin temelini oluşturan bir kavram niteliğini taşımaktadır. Hasta, hasta olduğunu ve hastalığının hangi hastalık olduğunu öğrenmelidir. Burada hekim hastaya ya da yakınlarına teşhise yönelik çabalarının sonuçlarına ilişkin bilgi vermek zorundadır. Hekim tıbbi müdahaleye ilişkin geniş kapsamlı açıklamalarda bulunmalı ve kararı hastaya bırakmalıdır. Önemsiz çok nadir gerçekleşen ve rıza üzerinde etkisi olmayan bilgiler açıklanmayabilir. Hastaya hastalığının bildirilmesi yaşamı veya sağlığı bakımından ciddi tehlikelere yol açacak ise teşhis aydınlatması tedavi amaçlı olarak sınırlanabilir ya da tamamen aydınlatmadan vazgeçilebilir¹⁵⁸. Teşhis aydınlatması ve teşhise yönelik aydınlatma birbirinden farklı kavramlardır. Teşhise yönelik aydınlatma, teşhis amacıyla yapılacak müdahaleler öncesinde ve bu müdahaleler nedeniyle yapılması gereken bir bilgilendirmedir. Müdahalenin mutlak gerekli veya hayati önemi taşımadığı hallerde, hekim gerçekleşme ihtimali az olan komplikasyonlar da dahil olmak üzere hastayı aydınlatmak yükümlülüğü altında olacaktır¹⁵⁹. Teşhis aydınlatmasında ise hasta var olan tıbbi bulgular konusunda

¹⁵⁸ HAKERİ, s.278.

¹⁵⁹ ÖZSUNAY, Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mart, 1982, s.39.

bilgilendirilmelidir¹⁶⁰. Hastanın ayrıntılı ve kapsamlı tıbbi tedbirler alınması gereken bir bulgu hakkında bilgilendirilmemesi, mesleki kusur olarak değerlendirilmektedir.

Süreç aydınlatması, hastaya tedavinin türü, ağırlığı, kapsamı, yürütülmesi gibi tedavi ana hatları ile aktarılmalı, hastanın tedavi öncesi durumu ile başarılı bir müdahale sonrası durumunun açıklanmasıdır. Hasta yapılması düşünülen tedaviyi bilmelidir. Hekim müdahaleye onay vermemesi durumunda ne olacağı konusunda hastasını bilgilendirilmelidir¹⁶¹. Müdahalenin gerekli olup olmadığı konusundaki açıklama, teşhis aydınlatmasından süreç aydınlatmasına geçişteki birinci aşamayı oluşturur. Buna göre, öncelikle müdahale olmaksızın hastanın gelişiminin ve bu bağlamda muhtemel akıbetinin ne olacağının hastaya anlatılması gerekir.

Hastanın rızasının geçerli olabilmesi için kural olarak alternatif tedavi yöntemleri hususu başka yöntemlerin de alternatif teşkil edebileceği anlatılmalıdır. Her iki yöntemin aynı riski içermesi durumunda veya alternatif yöntemin daha riskli olması durumunda hastanın alternatif aydınlatılmasına gerek yoktur.

Hasta tıbbi müdahale ile ilgili ayrıntılı bir aydınlatmadan sonra tıbbi müdahale yapılmasına karar verip vermemekte serbesttir.

3.4.2. Tedavi Aydınlatması

Hekim, hastasını tedavi konusunda aydınlatırken, koymuş olduğu tanı doğrultusunda planladığı tedavi yönteminin türü, müdahalenin gerekliliği, türü, tarzı, kapsamı, komplikasyonları, başarı şansı, süresi, taşıdığı riskleri, tedavinin yapılmaması halinde doğabilecek sonuçlar, ilaçların kullanımı, yan etkileri ayrıntılı ve açıkça bilgilendirmelidir. Bu tür aydınlatmanın karar aydınlatmasından farkı, hastanın rızasını alma amacına yönelik bir aydınlatma olmasıdır. Hekim hastanın isteği ile tedavi aydınlatması yapmaktan kaçınmaz. Aksi takdirde hekimin sorumluluğu doğacaktır.

¹⁶⁰ İPEKYÜZ, s.77.

¹⁶¹ AYAN, s.71.

3.4.3. Risk Aydınlatması

Ortaya çıkması beklenen muhtemel olumsuz sonuçlar, risk olarak ifade edilmektedir. Risk aydınlatması ise, tıbbi tedavide doğabilecek risklerin ayrıntılı olarak anlatımını kapsamaktadır. Başka bir ifade ile risk aydınlatması, gerekli özenin gösterilmesine veya müdahalenin hatasız yapılmasına rağmen hekimin müdahalesi sonucunda meydana gelebilecek muhtemel daimi ya da geçici yan neticeler konusundaki bilgilerin aktarılmasıdır¹⁶². Hekim meslek kurallarına uygun davranırsa bile, her tıbbi müdahalede, komplikasyonlar veya planlanmayan bazı gelişmeler ortaya çıkabilir. Hasta sadece komplikasyonlar orantısında değil, karar vermesi bakımından önem arz edecek bütün riskler konusunda aydınlatılmalıdır.

Hastanın yapılacak müdahaleye rızasının geçerliliği, ancak riskler konusunda aydınlatılmış olmasına bağlıdır. Çünkü hasta ancak bu aydınlatmadan sonra özgürce kendi geleceğini belirleyebilecektir¹⁶³. Risklerin ağırlığı ve oluşma oranındaki farklılıklar hekimin yapacağı aydınlatmanın içeriğini ve kapsamını etkilemektedir. Risk aydınlatmasına ilişkin temel ölçütler; tıbbi müdahaleye, genel risklere, tıbbi müdahalenin amaç ve gerekliliğine, hastanın kişiliği, davranışı, bünyesi ile müdahalenin yapıldığı yere ilişkindir. Risk ne kadar büyük ise aydınlatmanın kapsamı da o kadar geniş olmalıdır. Hekimin az rastlanan riskler konusunda da hastayı aydınlatma yükümlülüğü vardır. Yargıtay bu konuda “nadiren de olsa sonucun, riskin meydana gelebileceğinin açık olarak hastaya bildirilmesi gerektiğine” hükmetmiştir. Dolayısı ile hastanın en küçük bir risk konusunda bilgilendirilmemesi ve o riskin ortaya çıkması durumunda hekim sorumlu olacaktır.

3.5. Aydınlatmanın Şekli

Aydınlatmanın şekline ilişkin hukukumuzda genel geçerli bir hüküm bulunmamaktadır. Aydınlatmanın şekli hususunu uygulama hekime bırakmıştır. Aydınlatmayı tıbbi müdahaleyi yapacak olan hekim ve hasta bir araya gelerek yapmalıdır. Aydınlatma kişisel olmalıdır. Bu konuda şekil serbestisi vardır. Rıza, yazılı veya sözlü, açık veya zımni olabilir. Uygulamada ispat yazılı şekil tercih

¹⁶² HAKERİ, s.289.

¹⁶³ AYAN, s.72.

edilmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünün tam olarak yerine getirildiği hususunda ispat kolaylığı açısından sözlü bilgilendirmenin yanında yazılı şekilde alınmasında fayda vardır. Uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin broşür veya formüllerler, ona özgülenmiş olmalıdır. Gerektiğinde hekim, hastanın özel durumuyla ilgili notları eliyle eklemelidir. Bu nedenle matbu aydınlatmadan kaçınmak gerekir. Matbu bir formun dışında, her hastanın özel durumuna göre aydınlatmanın yapıldığını gösterecek, ayrıca doldurulacak, boş yerlerin formda bulundurulması gerekir. Hastaya yapılacak işleme ilişkin üzerinde hiç bilgi yer almayan veya çok az ve yetersiz bilgi içeren yazıların verilmesi veya hastanın bilgilendirildiğine ilişkin bir kağıt imzalatılmış olması, hiçbir şekilde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği anlamını taşımayacaktır. Form ne kadar kişiye özel olarak düzenlenmiş ise, ispat kuvveti de o kadar artacaktır. Hekimin aydınlatmada kullanacağı formlar ve hastanın rızasını gösteren ve hasta tarafından imzalanmış belgeler sadece ispat amacına hizmet etmektedir. Bunun dışında rutin müdahalelerde ve aşılarında sadece form üzerinden yapılan aydınlatma yeterlidir. Ayrıca hekimin bu konuda hastasına sözlü olarak açıklamalarda bulunmasına gerek yoktur.

Hekim, uygulayacağı tıbbi müdahale konusunda hastasını aydınlatırken genel ve soyut noktalara değinmekle yetinmeyip, yapılacak olan tıbbi müdahalenin kendisine özgü özelliklerini hastanın anlayabileceği şekilde, sade, tıbbi terimlerden uzak, basit bir anlatımla, hastanın bilgi ve eğitim durumunu da göz önünde bulundurarak anlatmalıdır. Hasta ile hekim aynı dilde konuşmuyorsa hastadan onam alınırken bir tercümandan faydalanılması zorunludur. Aksi halde hasta dilini bilmediği bir form imzalamış olmakla tıbbi müdahaleye rıza vermiş sayılmayacaktır. Hekim böyle bir hastadan onam alırken yukarıda yaptığımız açıklamaların tümünü tercüman vasıtasıyla hastaya anlatmalı ve daha sonra onam için imzasını almalıdır. İspat kolaylığı açısından tercümanın da imzasının hasta formunda bulunmasında yarar vardır.

Yargıtay kararlarında da aydınlatılmış onam ve ispat yükünün hekime ait olduğu yönünde çok sayıda karar mevcuttur. Bu konudaki bir Yargıtay kararında şu vurgu yapılmaktadır:

“... Davacının rızasının bulunduğu kabul edilse dahi, az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı

doktora aittir. Olayımızda davalı doktorun, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiği iddia ve ispat edilemediğine göre...”¹⁶⁴

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2007/12837 E., 2007/13884 K., 20.11.2007 tarihli kararında aydınlatılmış onamın yazılı alınması ve ispat yükünün hekimde olması şu şekilde vurgulanmıştır:

“Doktor işin başarı ile neticelenmesini garanti etmez ise de, seçilen tedavi yöntemi, bu yöntemin riskleri, ameliyat sonrası doğabilecek komplikasyonlar ve tedavinin süreci ve kontrolü ile ilgili hastanın aydınlatılmış rızasını almak zorundadır. Her ne kadar davalılar, davacıya bu yönde açıklayıcı aydınlatıcı bilgi verdiklerini savunmuşlar da bu konuda savunmalarını doğrulayıcı dosya içerisinde bir bilgi ve belgeye rastlanılmamıştır. Bu yönün ispatı davalılara düşer. Hal böyle olunca davalılar meydana gelen zarardan sorumludur.”¹⁶⁵

Yargıtay bir başka kararında ise hastanın rızasının alındığına ilişkin yazılı belge bulunmasının aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini kanıtlamayacağı, aydınlatmanın hekim tarafından ayrıca kanıtlanması gerektiğini belirtmiştir¹⁶⁶.

3.6. Aydınlatma Zorunluluğunun Bulunmadığı Durumlar ve Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları

Hekimin hastasını mutlak surette aydınlatması kural olmakla birlikte, bazı istisnai hallerde aydınlatma yapılmaması mümkündür. Bu gibi durumlarda hekim hastada aydınlatılmış onam almadan da müdahalede bulunabilecektir. Bu durum yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmeyecektir.

¹⁶⁴ Yargıtay 4.HD, 6297/2541, 07.03.1977 tarihli karar; Aktaran: Hızal ve diğerleri (ONAM), s.27.

¹⁶⁵ YILMAZ, Battal, Açıklamalı İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2007, s.41-42.

¹⁶⁶ Yargıtay 13. HD, 4219/10660, 16.09.2008 tarihli karar; Aktaran: Gökcan, (TİBBİ), s.202.

3.6.1. Acil Tıbbi Müdahaleler

Hastanın aydınlatılması yükümlülüğünün ortadan kalktığı durumlardan biri acil durumlardır. Hastanın aydınlatılma olanağı olmadığı ve hayati tehlikesinin olduğu durumlarda hekim aydınlatma yapmadan müdahalede bulunabilecektir.

Hastanın rızasının alınması olanağının bulunmadığı, bilinci yerinde olmayan hastaya hayatı veya sağlığı için acil müdahale gereken hallerde hekimin aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hastanın hayatının tehdit altında olduğu veya belirli bir müdahalenin yapılmamasının hastada ciddi veya kalıcı eksiklik ya da bozulmaya neden olmasının beklendiği hallerdir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinde bu konuda düzenleme mevcuttur. Yönetmeliğin 24. maddesine göre; hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur. Madde metninden de anlaşılacağı üzere aydınlatma yükümlülüğü başlangıçta yoktur. Ancak yapılan müdahaleden sonra bilinci açılan hastaya veya yakınlarına müdahalenin sebebi, sonuçları, tedavi süreci ile ilgili olarak bilgilendirme yapılması gerekir.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi İkinci Bölüm 8. maddesinde, “Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınmadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbî müdahale derhal yapılabilir” denilmiştir. Örneğin trafik kazasında bilincini yitirmiş kanamalı bir hastaya müdahale eden bir hekimin aydınlatılmış onam almasına olanak yoktur. Bu gibi durumlarda çoğu kez hasta yakınının ya da kanuni temsilcisinin rızasını da alabilmek mümkün değildir.

1219 sayılı TŞSTİDK'un 70. maddesinde de bu konuda şu hüküm getirilmiştir:

“Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye müktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.”

Kaza geçirmesi veya hastalığı ağırlaşması nedeni ile bilincini yitiren hastanın sağlığının ve yaşamının tehlikede olması dolayısı ile derhal tıbbi müdahale gereken hallerde rıza aranmaz. Böyle bir durumda hekim, hastanın kendine gelmesini veya yakınlarının rızalarının alınmasını aramaksızın, gerekli tıbbi müdahaleyi yerine getirmekle yükümlüdür¹⁶⁷.

3.6.2. Aydınlatmanın Olumsuz Etkide Bulunması

Hekim kural olarak ağır ve hatta ölümcül hastalıkları dahi hastasına söylemekle yükümlüdür. Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, otonomi aydınlatmasının (kendi geleceğinin belirleme) bir sınırının tedaviye zarar verme ihtimali olduğudur. Eğer tedavi nedenleri bilgilendirmeyi engelliyor ise otonomi aydınlatması yapılmamalıdır. Kanaatimce hastanın bilgilendirilmesi halinde yaşamına ve sağlığına yönelik tehlikeler söz konusu olacak ise aydınlatma ortadan kalkmamalı, kapsamı daralmalıdır. Çünkü hastanın, durumu hakkında bilgi sahibi olması onun en tabi hasta hakkındandır. Hastayı olumsuz etkilemesi sebebiyle aydınlatmanın ortadan kalkmaması ancak kapsamının daralması daha uygun olacaktır¹⁶⁸. Aydınlatma yüzünden uğranılacak zarar hastanın kendi geleceğini bizzat belirleme hakkının ihlaline nazaran daha fazla ise aydınlatma hasta yararına daha fazla sınırlandırılabilir¹⁶⁹. Bunun için somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak hastanın ruhen zarar görme ihtimali dikkate alınıp aydınlatmanın ortadan kaldırılması ya da kapsamın daraltılmasına karar verilmelidir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14/1. maddesinde “tabip....hastanın hayatını kurtarmak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir” ve “tabip hastasına ümit vererek teselli eder” demektedir.

¹⁶⁷ GÖKCAN, s.219.

¹⁶⁸ ÇAKMUT, s.15.

¹⁶⁹ HANCI, Hamit, Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2.Baskı, Ankara, 2005, s.76.

Aydınlatma görevinin yerine getirilmesinin, hastanın tedavisini olumsuz etkilemesi riski bulunuyor ise, hekim bilgilendirmeyi sınırlayabilir¹⁷⁰. Hekim bu durumda hastaya olumsuz etkilemesi söz konusu olan bulgularla ilgili bilgi vermeyebilir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14/2. maddesinde “tabip ve diş tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerine fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur” denilmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliğinin “Bilgi Verilmesi Caiz Olmayan ve Tedbir Alınması Gereken Haller” başlıklı 19. maddesinde de konu ile ilgili düzenleme bulunmaktadır.

Özellikle kanser ile tedavisi mümkün olmayan ölümcül hastalıklarda tedaviyi ilgilendiren nedenler gerekli kılmadıkça, hekim teşhisin bildirilmesinden sarfı nazar edebilir. Burada hekim kullanacağı kelimelere de dikkat etmeli, örneğin direkt kanser kelimesini kullanmamalıdır.

Hastanın aydınlatılması durumunda tıbbi müdahaleden vazgeçecek olması, aydınlatmama için bir sebep olarak kabul edilemez.¹⁷¹ Bu durumda hekimin aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır.

3.6.3. Aydınlatmadan Vazgeçme

Hasta planlanan tedavi hakkında bilgilendirmeden hukuksal olarak vazgeçebilir. Hasta Hakları Yönetmeliğinin “bilgi verilmesini yasaklama” başlıklı 20. maddesinde vazgeçme hakkı kabul edilmiştir. Aydınlatmadan vazgeçilmesine ilişkin iradenin açık olması gerekir. İspat bakımından vazgeçme iradesinin yazılı olarak alınması veya hastanın imzasını içerecek şekilde yazılı hale getirilmesi uygun olur. Yönetmelikte de yazılılık esas alınmıştır. Türk Medeni Kanunu’nun 23/2. maddesinde “kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz” denmektedir. Hastanın aydınlatmadan vazgeçmesi hukuka ya da ahlaka aykırı bir vazgeçme olmadığından geçerlidir.

¹⁷⁰ ÖZSUNAY, Ergun, Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, 1983, s.41.

¹⁷¹ ERMAN, s.107.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının ‘‘Bilgilendirilmeme Hakkı’’ başlıklı 27. maddesinde bu konu ile ilgili dzenleme bulunmaktadır. Madde hkmüne gbre; hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişe, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla gbrüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir.

Hastanın aydınlatma hakkından vazgeçebilmesi için hakkı olduğunu bilmesi gerekir. Dolayısı ile hasta, hekimin böyle bir yükümlülüğü olduğu konusunda mutlaka bilgilendirilmelidir¹⁷². Aydınlatmadan vazgeçme açık olmalıdır. Zımnı vazgeçme geçerli değildir. Hasta için hayati önemdeki ve geri dönölmez sonuçlar taşıyan tıbbi müdahaleler ile tıbbi standardın dışındaki müdahalelere ilişkin aydınlatmadan vazgeçme hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁷³.

3.6.4. Hastanın Bilgisinin Bulunması

Hastanın kendisine uygulanması planlanan tıbbi müdahale hakkında bilgi sahibi olduğu hallerde, hekimin aydınlatma yapmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. Buna göre hekim, hasanın yeterli düzeyde bilgiye sahip olduğu kanısına vardığında ayrıca bilgilendirme yapmayabilir. Bu bilginin nasıl edinildiğinin bir önemi yoktur. Onam bakımından gerekli bilginin kitaplardan, broşürlerden, mesleki kişisel tecrübelerden ya da önceki hastalıklarından kaynaklanabilir.

Ayrıca, hasta, hekim ya da sağlık çalışanı ise ve hastanın hastalığı hakkında yeterince bilgisi bulunduğu anlaşılıyorsa hekim, hastayı aydınlatmakla yükümlü değildir. Hekimlik mesleğinin icra eden hastalar yönünden, müdahale ile ilgili genel geçer tıbbi bilgiler konusunda aydınlatma gerekli değil ise de, uzmanlık gerektiren ve hastanın karar vermesini etkileyebilecek önemli detaylar hakkında aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu düşünölmelidir. Bunun dışında toplumda genel olarak bilgi sahibi olunan konularda, hekimin aydınlatmada bulunmamasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.

¹⁷² HAKERİ, s.315.

¹⁷³ AYAN, s.79.

3.6.5. Aydınlatmanın Gereksiz veya Uygulanamaz Hale Gelmesi

Hastanın tedavisi imkansız bir hastalığa yakalanması, tıbben şifa bulması için yapılacak bir şeyin kalmaması durumunda ölümü bekleyen hastaya sadece acılarının azaltılması amacı ile yapılan tıbbi girişimler bakımından doktrinde, ayrıca bilgilendirme yapılması gerektiği kabul edilmiştir¹⁷⁴. Aydınlatılmış onam alınması halinde korku ve panik halinde bir başkasına zarar verme olasılığının bulunduğu özellikle psikiyatrik hastalardan aydınlatılmış onam alma zorunluluğu yoktur¹⁷⁵.

3.7. Aydınlatma Yükümlülüğü İhlalinin Sonuçları ve İspat Yükümlülüğü

Hukuka uygun tıbbi müdahalenin en önemli koşullarından biri aydınlatılmış onam alınmasıdır. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi; hastanın rızasının geçersiz olmasına ve hekimin tıbbi müdahalesinin hasta yararına olsa bile hukuka aykırı olmasına sebep olacaktır. Hekimin hastadan aydınlatılmış onam almadan yapmış olduğu tıbbi müdahale hukuka aykırıdır. Hekim onam almadan müdahalede bulunarak vücut bütünlüğüne haksız bir şekilde zarar vermiş olur¹⁷⁶. Özel hukuk bakımından, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, hekimin tazminat sorumluluğuna yol açabilmektedir. Ceza hukuku açısından -tıbbi müdahalenin sonucuna bağlı olarak- taksirle yaralama veya öldürme suçuna vücut verir. Kural olarak, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı hekime aittir.

Aydınlatılmış onamın sınırlarının aşılması hali de hukuka aykırıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 27/1. maddesinde ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenlerin hepsini kapsamına alacak surette sınırın kast olmaksızın aşılması hali düzenlenmiştir. Aydınlatılmış onamın kapsamını aşan hekim hakkında TCK'nun 27/1 maddesi uyarınca işlem yapılmasının yanı sıra bu sınırın kasten aşılması durumunda önceki rızaya rağmen hukuka uygunluk sebebinden kısmen dahi de olsa

¹⁷⁴ AYAN, s.81, HAKERİ, s.320.

¹⁷⁵ KARA, Mithat; HIZAL, Abdullah; HIZAL, Sevinç Arslan, "Aydınlatılmış Onam", İzmir Tabip Odası Yayını, İzmir, 2009, s.38.

¹⁷⁶ BORAN, Bedia: "Aydınlatılmış Rıza", Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, 2008, s.93.

yararlanamayacaktır¹⁷⁷. Fail sınırı kasten aşar ise ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenlerden yararlanamayacaktır. Örneğin evine saldırı amaçlı gelen hasmını gören fail onun bu gelişinin kendisini cezadan kurtaracağını düşünerek kasten öldürür ise ceza sorumluluğu azalmaz, kasten öldürmeden dolayı sorumlu olur. Eğer fail sınırı kasten değil de taksirle aşmış ise 27/1 maddesine göre sınır aşılarak işlenen eylem taksirle işlendiğinde de cezalandırılabilen bir eylem ise taksirden dolayı sorumlu olur ancak taksirli suça göre daha az bir ceza ile cezalandırılır. Eylem taksir ile işlenemez nitelikte ise ceza sorumluluğu olmayacaktır. Ancak özel hukuk sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 27/2. maddesinde ise meşru savunma sınırının aşılmasının özel hali düzenlenmiştir. Sınırın bu fıkrada belirtildiği şekilde aşılması sadece meşru savunma halinde söz konusu olabilir. Bu durum sınırın mücbir sebeple aşılması halidir. Meşru savunma bir hukuka uygunluk sebebi iken, bu sınırın korku, panik, heyecan ve telaştan dolayı aşılması hali ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebeptir. Diğer bir ifade ile kanunun 27. maddesinin uygulanmasını gerektiren hallerde, sınır kasten aşılmış olmayacaktır. Sınır, kast dışında aşılmış olacaktır ki, bundan anlaşılması gereken taksirdir.

Kural olarak, aydınlatma yükümlülüğünü eksik olarak yapan hekimin gerçekleştirdiği tedaviye gösterilen rıza geçersiz olacaktır. Hekim kendisine düşen yükümlülüğü yerine getirmesine karşın, hastanın baştan beri içinde bulunduğu yanığı ortadan kalkmamışsa, hastanın verdiği rıza geçerli olacaktır. Buna karşılık hekimin yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarda, kusurluluk çeşidine bağlı olarak kasten veya taksirli adam öldürme ya da yaralama suçundan cezalandırılabilir. Bununla beraber aydınlatmanın yapılmaması bir kişilik hakkı ihlali olduğundan, manevi zarar da doğabilecektir. Ayrıca bir hasta hakkı ihlali söz konusu olduğundan disiplin sorumluluğu yoluna da gidilebilir. Bu konuda Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliğinde bir düzenleme mevcuttur. Yönetmeliğin 4/s. maddesi “hastanın

¹⁷⁷ ÜNVER, Yener: “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C.III, S.2, 2006, s.237.

aydınlatılmış onamının usulüne uygun olmaksızın tıbbi girişimde bulunmak” para cezasını gerektirmektedir.

Hekim aydınlatmanın ve rızanın varlığını ispat ederek tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğunu kanıtlayabilir. Aydınlatma işlemi; hekim tarafından, hastanın karar verme yeteneğini olumsuz etkilemeyecek bir zamanda, tıbbi müdahalenin aciliyetinin ve taşıdığı risklerin doğru anlatıldığı veya hastanın aydınlatılmasına gerek olmayan durumlardan birinin mevcut olduğu, var olan belgelerle de desteklenerek ispatlanabilir. Yargıtay da aydınlatmaya ilişkin ispat yükümlülüğünün hekimde olduğunu kabul etmektedir. Ceza hukuku açısından ise, aydınlatmanın yapıldığını ispat yükü hekimde değildir. Ceza hukukunda ispat külfeti söz konusu olmayıp, her türlü vasıta ile ispat mümkündür. Bu bakımdan aydınlatmanın yapıldığı tanık ile de ispat edilebilir.

Aydınlatma yükümlülüğünün ispatı konusu, aydınlatma türlerine göre farklılık göstermektedir. Hastanın hekime danışması sırasında veya tedavi amaçlı bilgilendirme sırasındaki ihmaller ve hatalar hekimin uygulama hatası olarak kabul edilirler ve ispat hukuku bakımından buna ilişkin kurallara tabidir¹⁷⁸. Hekimin aydınlatmada yanlış bilgi vermesinin nedeni kendi yanlılığı da olsa, sorumluluğu vardır. Gerçek olgulara ve bilimsel verilere dayanmayan bilgiler, aydınlatma olarak kabul edilemez ve bu tür bilgiler tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılmaz¹⁷⁹.

4. HAKKIN KULLANILMASI

5237 sayılı TCK'nun 26. maddesinin 1. fıkrasında: “ Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez hükmü ile aynı maddenin 2. fıkrasında: “ Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” hükmü yer almaktadır.

Madde hükmünde kullanılan hak kavramı doktrinde tartışılmış ve kullanılan hakkın subjektif olduğu ifade edilmiştir¹⁸⁰. Hak hukuk tarafından korunan menfaat olarak, bir

¹⁷⁸ HAKERİ, s.323.

¹⁷⁹ AŞÇIOĞLU, s.28.

¹⁸⁰ DÖNMEZER, Sulhi; ERMAN, Sahir; “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım”, C.II, 12. Baskı, İstanbul, 1999, s.31.

yapabilme yetkisidir. Zira kullanılan haktır¹⁸¹. Hukuk ise hakkın kapsamını inşa eder, sınırlarını belirler ve güvencesini hazırlar. Hukuk, belirlenmiş menfaatleri korumak için yasaklar koymuş ise, herkes için belirlenmiş fiilleri yapmamak yükümlülüğü doğar. Hukuk emirler koymuşsa, menfaat sahipleri bu emirlerden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesini toplumdan isteme yetkisine sahip olur. Hak, hukuktan kaynaklanır. Hukuk, hak sahibinin etkinliklerini yapma olanağını güvence altına alan ve yapma güç ve yetkisi veren hükmü koyar. Bu nedenle; hak, hukukun sübjektifleştirilmesidir¹⁸².

Hak sahipleri hukuken menfaati korunan kişilerdir. Bunlar gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilmektedir. Haklar, özel haklar ve kamusal haklar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Özel haklar; özel hukuk kuralından türeyen haklardır. Bu haklar mahiyetlerine göre mutlak haklar ve nisbi haklar, konularına göre malvarlığı hakları ve şahısvarlığı hakları, devredilebilmelerine göre şahsa bağlı haklar ve şahsa bağlı olmayan haklar, başka bir hakka bağlılıklarına göre bağımsız haklar ve bağımlı haklar, amaçlarına göre yalın haklar ve yenilik doğuran haklar şeklinde sınıflandırılmaktadır¹⁸³. Bireylerin, devlet karşısında, bir kamusal hukuk kuralından kaynaklanan haklarına, kamusal haklar adı verilmektedir. Bu haklara yalnızca devlet ve onun kurumları değil, aynı zamanda vatandaşlar da sahiptirler.

5237 sayılı TCK'nun 26. maddesinde kullanılan hak kavramı kamusal hakları da kapsamaktadır. Zira, madde metninde "hakkını kullanan kimse" denilmektedir. Haklar gücünü hukuktan alan bir yapabilme yetkisidir ve bu durum yalnızca özel menfaatler için değil, kamusal menfaatler için de böyledir.

Doğal Hukuk Teorisi, İrade Teorisi, Menfaat Teorisi ve Karma Nitelikli Teoriler hakkı açıklayan başlıca teorilerdir.

Doğal Hukuk Teorisi: Doğal hukuk, çoğu zaman adalet diye anılan, ideal değer olarak genel, evrensel ve değişmez bir hukukun varlığı düşüncesinden ortaya çıkmıştır¹⁸⁴.

¹⁸¹ GÜRİZ, Adnan, Hak Kavramı, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, İstanbul, Alkım Yayınları, 1997, s.134 vd.

¹⁸² İMRE, s.240.

¹⁸³ ÖZSUNAY, s.238.

¹⁸⁴ KEYMAN, Selahattin, Hukuka Giriş, 3. Baskı, Ankara, 2005, s.183.

Dođal hukuk objektiflik ve kesinlik niteliklerine sahiptir. Objektif ve kesin olan dođal hukuk, zorunlu olarak adil ve gerçek hukuktur. Dođal hukuk kiřilerin dűřüncelerini, özlemlerini, menfaatlerini göz nűnde tutmayan, herhangi bir kiřiye fazladan yarar sađlamayan veya kiřiye fazladan zarara uđratmayan bir dűzendir, adil hukuktur. Dođal hukuk bařka bir iradenin deđil, insanın kendi aklı ile bulduđu ve uyduđu hukuktur. Dođal hukuk teorisine göre, dođa durumunda herkes zgűrdűr ve bir bařka kiřinin egemenliđi altında deđildir.

İrade teorisi: Bu teoriye göre hak, hukuk dűzeni tarafından kiřilere tanınan bir irade egemenliđi ya da bir irade gűcű olarak aıklanmkata; bir kiři iradesini bařkasına karřı ileri sűrebiliyorsa ve bařkalarını kendi iradesine göre harekete zorlayabiliyorsa o kiři o konuda hak sahibidir¹⁸⁵. Hak, kiřinin iradesini tatmin için tanınmıřtır. Bu teori hakkın yalnızca dıř grűnűřű ile ilgilendiđi gerekçesiyle eleřtirilerek fazla řekilci bulunmuřtur. Bu teoriye bađlı kalındıđında irade sahibi olmayan kűeklerle, akıl hastalarını hak sahibi olarak saymamak, onların haklara sahip olamayacaklarını savunmak gerekir. Oysa kűek ya da akıl hastası olsa da herkes hak sahibidir¹⁸⁶.

Menfaat Teorisi: İrade teorisine karřı ileri sűrűlműř olan teoridir. Buna göre hukuk menfaatlere, ihtiyaçlara, hayatta grűlen iliřkilerin amaçlarına yaramak için bulunmaktadır. Hukukun esasını irade deđil bu menfaat teřkil eder. Hukukun zű menfaat olduđuna göre, hukuk dűzeninin amacı bu menfaati gűvence altına almaktır. Menfaat kavramı ise, yalnızca para ile lűlebilen maddi menfaatleri deđil, manevi menfaatleri, zgűrlűkleri ve dokunulmazlıkları da içerir. Ancak ister maddi, ister manevi içerikli olsun her menfaat hak deđildir. Menfaatin hak sayılabilmesi için, hukuk dűzeni tarafından korunması gerekir¹⁸⁷. Bu teoriye göre hakkın iki unsuru bulunmaktadır. Bunlardan birincisi menfaat, ikincisi de bu menfaatin hukuk dűzeni tarafından korunmasıdır. Ancak hukuk dűzeni bu menfaati, menfaat sahibi menfaatinin korunmasını istediđinde koruyabilir. Menfaat sahibinin böyle bir talebi olmadıđı durumda, menfaatin korunması da söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle hak kiřinin

¹⁸⁵ TEKİNAY, Sulhi Selahattin, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul, 1992, s.126 vd,

¹⁸⁶ TEKİNAY, s.127.

¹⁸⁷ GÜRİZ, s.132.

iradesini tatmin için tanınmış değildir. Hakkın amacı, kişinin menfaatlerini korumak, ihtiyaçlarını karşılamak ve sosyal yaşamda karşılıklı değişimi gerçekleştirmektir.

Karma Nitelikli Teori: Hukuk düzeni, menfaati korumak için öncelikle insanın irade gücünü tanımak ve korumak zorundadır. Bu nedenle irade gücü hukuk sahasında yalnız kendisi için olmayıp, gerek kişinin, gerekse hukuk düzeninin hedefleri bakımından da göz önünde tutulur. Bu teori yandaşlarına göre; hak, hukuk düzeni tarafından korunan ve bunlardan yararlanma konusunun hak sahibinin isteğine bırakılmış menfaat olarak tanımlanmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin 1. fıkrasında "hakkın kullanılması" bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu durum, "hakkını kullanan kimseye ceza verilmeyeceği" şeklinde ifade edilmiştir.

Hakkın kullanılması, hukuken korunan bir hakkın kullanılması halinde hak sahibinin cezalandırılmaması demektir. Hukuken tanınmış bir hak ya da yetkinin kullanılmasına izin veren hukuk düzeni, aynı zamanda onu yasaklayamayacağından, böyle bir durumda gerçekleştirilen fiil, hukuka uygundur.

Hakkın kullanılmasının özelliklerini şu şekilde sıralamak mümkündür¹⁸⁸.

- Hak sahibi, hakkını kullanma özgürlüğüne sahiptir.
- Hakkın kullanılması, doğrudan veya üçüncü kişiler aracılığı ile gerçekleşebilir. Kişiyi sıkı suretle bağlı haklar hariç, hak kanun tarafından belirtilmiş sahibi tarafından veya vekil olarak atanmış üçüncü kişi tarafından kullanılabilir.
- Hakkın kullanılması belirli bir yükümlülüğü yerine getirilmesi koşuluna bağlanabilir. Böyle durumlarda, bu yükümlülük yerine getirilmediği takdirde, bu hak kullanılamaz.
- Hakkın kullanılmasının sınırları vardır. Toplum ve kişi çıkarlarını uyumlu şekilde düzenlemeye çalışan hukuk kurallarından hak doğduğu için, bunun sınırsız kullanılması mümkün değildir. Bu çerçevede hakkın kullanılmasının

¹⁸⁸ URUŞAK, Uğur, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması", İstanbul, 2010, s.14.

sınırı, kullanılma şekli, yer ve zamanı, kullanılma amacı ve saiki ile ilişkilendirilebilir.

Maddenin gerekçesine göre hakkın kullanılabilmesinin uygulanabilmesi için şu koşulların varlığı gerekmektedir:

- Hakkın kanun, tüzük, yönetmelik ve genelge gibi nizamlara dayanması ya da hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydı ile bir mesleğin icrasından doğması.

Subjektif hakkın varlığı için hukuken tanınmış ve korunmuş bir hakkın bulunması gerekir. Bu haktan yararlanma hususu hak sahibinin iradesine bırakılmış olmalıdır. Subjektif hakkın kaynağı değişik olabilir. Bu hak Ceza Kanunu'ndan, Kamu Hukuku veya Özel Hukuktan, yargının kararından, idari bir tasarruftan, örf ve adetten, hukuki işleminden doğabilir.

- Hakkın herhangi bir merciye başvurulmadan doğrudan doğruya kullanılabilir olması.

Hakkını kullanmadan önce veya kullandığı sırada yargı organlarına başvurarak hakkın varlığının tespit ettirilmesi gerekiyor ise, artık TCK madde 26 kapsamında bir hakkın kullanılmasından söz edilemez. Kişinin hiçbir merciye gerek olmaksızın o hakkı kullanabilmesi gerekir. Eğer kişi hakkını kullanmadan önce merciye başvurmak sureti ile hakkının varlığını tespit ettirmek durumunda ise, hukuka uygunluk nedeninden söz edilemez.

- Hakkı doğuran sebebin sınırları içerisinde kullanılması gerekir.

Kişi bu sınırlar dışına çıkarsa, sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu durumda kendiliğinden hak alma suçundan bahsedilecektir. Hakkın kötüye kullanılması durumlarında fiilin hukuka uygunlupundan söz edilemez.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinde anılan hak kavramı yukarıda da bahsedildiği üzere tüm hakları kapsar. Bu haklar, hukukun herhangi bir dalından

kaynaklanmış olabilir. Ancak, bu hukuka uygunluk nedeni, hak sahibinin kanunların belirlediği sınırları aşması halinde geçerli değildir¹⁸⁹.

Tıbbi müdahaleler açısından hakkın kullanılması bakımından öncelikle müdahaleyi gerçekleştirecek olan kişinin söz konusu müdahaleyi gerçekleştirmeye yetkili olması gerekmektedir. Tıbbi müdahaleler, tıp meslek ve sanatını icraya yetkili kişilerce yapılır ve bunların yaptıkları fiiller hukuka uygundur. Bu çerçevede tıbbi müdahale, tıp meslek ve sanatının icrasına yetkili olanlar tarafından, ilgili fakültelerden diploma alan ve tabip odasına kayıtlı olanlar tarafından gerçekleştirilmelidir. Müdahale tıbbin gereklerine uygun bir şekilde, tedavi maksadı ile ve bir hekimin göstermesi gereken objektif özen yükümlülüğüne uygun olarak yerine getirilmelidir. Hukuka uygun tıbbi müdahalenin koşullarını II. bölümde ayrıntılı olarak değindiğimizden bu bölümde yer verilmemiştir.

Hastanın rızası tek başına tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğuna gerekçe olarak gösterilemez. Çünkü, tıbbi müdahale fiilini icra eden kişinin hukuken tanınmış olan vücut bütünlüğüne müdahale hakkını kullanıyor olması öncelikli şarttır. Herhangi bir kişi hastayı ameliyat eder ise bu hukuka aykırıdır. Hekim olmasına rağmen, branşı dışında hasta tedavi edenlerin fiilleri de hukuka aykırı kabul edilmektedir. Bir tıbbi müdahale uygulamasında öncelikle hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinin şartları mevcut olmalıdır. Hakkın icrasının şartları mevcut değilse, hasta ne kadar rıza gösterirse gösterebilir tıbbi müdahale hukuka uygun hale gelmez. Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinde belirtilen ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinin sınırı, "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği haklar" olarak belirlenmiştir.

Bu nedenle yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne yönelik suçlarda mağdurun rızası temel hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemez. Çünkü kişinin bu hakları üzerinde mutlak ve serbest tasarruf yetkisi yoktur.

Hekim ve diğer sağlık çalışanlarının tıbbi müdahaleden kaynaklanan cezai sorumlulukları, suçun unsurlarının gerçekleşmesi halinde mevcuttur. Tıbbi

¹⁸⁹ TOROSLU, s.113-114.

müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan hakkın icrasıdır. Ancak olağan ve olağanüstü durumlarda hakkın icrasının yanında başka hukuka uygunluk sebeplerinin de varlığı gerekmektedir. Doktrinde tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan sebep konusunda çeşitli görüşler mevcut olmakla birlikte tarafımızca da benimsenen karma görüşe aşağıda kısaca değinilmiştir.

Karma görüşü olağan ve olağanüstü durumlar olmak üzere iki yönden açıklamak uygun olacaktır¹⁹⁰.

Anayasanın 17. Maddesinde kişinin vücut bütünlüğüne, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında dokunulamayacağı belirtilmiştir. Madde metninde bahsedilen tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller olağanüstü durumlardır. Olağan durumlar ise, acil olmayan haller, hayati veya toplumsal tehlikenin söz konusu olmadığı hallerdir.

Olağan durumlarda gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerde, yukarıda da değindiğimiz üzere öncelikle müdahaleyi gerçekleştirecek kişinin, vücut bütünlüğüne müdahale hak ve yetkisini haiz sağlık mesleği mensubu olması gerekmektedir. Ancak bu şekilde vücut bütünlüğüne müdahale hak ve yetkisi olan kişi, hastanın rızası olmaksızın olağan tıbbi müdahalelerde bulunamaz. Olağan durumlarda kişinin rızası olmaksızın vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Bu nedenle, olağan durumlarda yetkili kişinin yetkisi dahilinde, bilim ve tekniğe uygun olarak, meşru bir amaçla gerçekleştirdiği tıbbi müdahale, ilgilinin rızası ile hukuka uygun hale gelir. Karma Görüş'e göre; olağan durumlarda, "Hakkın İcrası", "İlgilinin Rızası" hukuka uygunluk sebeplerinin birlikte bulunması ile tıbbi müdahale hukuka uygun hale gelmektedir.

Anayasa'nın 17. maddesinde belirtilen tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller olağanüstü durumlardır. "Zaruret Hali" olarak belirtilen bu hallerde, üzerinde tıbbi müdahale icra edilecek hastanın rızasına bakılmaz. Zira burada toplumsal ya da şahsi menfaatler söz konusudur. Olağanüstü durumlara örnek olarak toplumsal açıdan zorunlu olan bulaşıcı hastalık aşılı, bulaşıcı hastalık tedavileri; şahsın hayatının tehlikede olduğu, tıbbi açıdan derhal müdahale edilmezse öleceğinin öngörüldüğü

¹⁹⁰ SAVAS, Halide, Ülkemizde sağlık çalışanlarının ve sağlık kurumlarının tıbbi müdahaleden doğan cezai sorumluluğu, İstanbul, 2006

durumlar; kanun gereği rıza olmasa da yapılması gereken müdahaleler verilebilir. Hekimin Tababet Kanundan kaynaklanan tedavi etme hakkını ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nden kaynaklanan acil hallerde, resmi ve insani vazifenin ifası hallerinde hastayı reddedememesi yükümlülüğünü de birlikte değerlendirdiğimizde hakkın icrasının yanında, kanun hükmünü ifa hukuka uygunluk sebebi de müdahaleyi hukuka uygun hale getirmektedir. Karma görüşe göre olağanüstü durumlarda, “Hakkın İcrası” hukuka uygunluk sebebinin yanında, “Kanun Hükmünü İfa” hukuka uygunluk sebebinin birlikte bulunması ile tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getirmektedir.

Hekimin tedavi amacıyla hareket etmemesi, hakkı kötüye kullanması, tıbbi müdahaleyi özensizce yapması, hastanın rızasını almaması ve hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması durumunda hekim meydana gelen neticeden sorumlu tutulur. Hukuka uygunluk sebebinde sınırın aşılmasından söz edebilmek için hukuka uygunluk sebeplerinden herhangi birinin bütün şartları ile birlikte bulunması gerekir. Eğer olayda bir hukuka uygunluk nedeni yok ise sınırın aşıldığından bahsedilemez. Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın iki şekilde aşıldığı söylenebilir. Sınırın kasten aşılması ve sınırın taksirle aşılması durumlarıdır. Sınırın kasten aşılması durumunda, esasen bir aşma söz konusu değildir. Çünkü bu halde artık sınırın aşılmasından değil, kasten icra edilen bir fiilden bahsedilir. Burada fail içinde bulunduğu hukuka uygunluk sebebinin kötüye kullanır, eline geçen fırsatı değerlendirmek amacı ile hareket ederse artık bu durumda aşmadan söz edilemez. Hukuka uygunluk nedeninin sınırı amaçta aşılmaktadır.

Hukuka uygunluk sebebinde sınır ancak taksirle aşılabılır. Burada fail hakkın kullanılmasının sınırını aşmaktadır, ancak bunu bilerek isteyerek yani kasten yapmamaktadır. Sınırı aşabileceğini öngörmesine ya da öngörebilecek halde bulunmasına rağmen fiilini gerçekleştirmektedir. Ancak TCK'nun 27/1. maddesinin uygulanabilmesi için, taksirle sınır aşılması nedeniyle gerçekleşen suçun taksirle işlenebilen suç olması gerekmektedir.

Nitekim TCK'nun 27/1. maddesinde bu konu “...fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa...” şeklinde ifade edilmiştir. Sınırın taksirle aşılması sonucu işlenen suç yalnızca kasten işlenebilen bir suç ise bu durumda taksirle aşım sonucu işlenen suç

nedeniyle failin ceza sorumluluğu bulunmayacaktır. Taksirle işlenebilen bir suç ise o takdirde ceza 27/1. maddede belirtildiği gibi ceza indirilerek verilecektir.



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TAKSİRLE YARALAMA SUÇU

1. GENEL OLARAK

Tezimin bu bölümünde öncelikle taksire ilişkin genel açıklamalarda bulunulacak, sonrasında hekimin tıbbi müdahalesi sonucu meydana gelen taksirle yaralama suçu üzerinde durulacaktır. Zira hekimlerle ilgili olarak suç oluşturan eylemlerin başında taksirle yaralama eylemi gelmektedir.

Taksirle yaralama suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Bölümünde ve "Taksirle Yaralama" başlıklı 89. maddesinde;

"(1) Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;

- a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,
- b) Vücudunda kemik kırılmasına,
- c) Konuşmasında sürekli zorluğa,
- d) Yüzünde sabit ize,
- e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,
- f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır.

(3) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;

- a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,
- b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,
- c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,
- d) Yüzünün sürekli değişikliğine,
- e) Gebe bir kadının çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

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

(5) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/5 md.) Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

Madde metninde, taksirle yaralama suçu tanımlanmıştır. “Genel Hükümler” başlıklı birinci kitapta yer alan taksire ilişkin hükümler, bu suç açısından da geçerlidir. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında taksirle yaralama suçunun neticesi sebebi ile ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir. Dördüncü fıkroda ise, birden fazla kişinin yaralanması halinde, verilecek cezanın alt ve üst sınırı belirlenmiştir.

Taksirle yaralama suçu, kasten yaralama suçundan bağımsız bir suç olup, fail yaralama sonucunun meydana gelmesini istememekte; ancak göstermesi gereken objektif dikkat ve özeni göstermediği için bu netice meydana gelmektedir.

2. SUÇUN MANEVİ UNSURU

2.1. Taksir Kavramı

Taksir, arapça bir kelime olup, “kısaltma, kısma, kusurda bulunma, bir şeyi eksik yapma, bir şeyi yapabilirken çekinip yapmama, kabahat, günah” gibi anlamlar taşımaktadır¹⁹¹. Taksir, kısaca gereğini yapmama, eksik yapma, kendisinden beklenen özeni göstermeme demektir¹⁹².

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 22. maddesinde;

“(1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

¹⁹¹ DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, 1962, s.1229., Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, s.1345.

¹⁹² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.394.

(2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.

(3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.

(5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.

(6) Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bir kadar indirilebilir.” denilmiştir.

Madde metninde taksir, “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir” şeklinde tanımlanmıştır.

2.2. Mesleki Taksir Kavramı

Mesleki taksir, belirli meslek mensuplarının meslek ve sanatlarını icra ederken tedbirsiz, dikkatsiz, acemi veya emir ve nizamlara aykırı hareket etmesi, meslek sanatını icra ederken kusurlu davranışlarıdır¹⁹³. Hekimin taksiri denilince anlaşılması gereken ise “meslek taksiri” dir. Mesleki taksir “hekimin kusurlu bir şekilde tıp bilimi ve uygulamasınca tanınıp kabul edilmiş kurallara aykırı hareket etmesi olarak tanımlanmıştır”¹⁹⁴. Mesleki taksir kavramı geniş bir alana sahip olup, tüm meslek mensuplarının görevlerini icra ederken yaptığı her türlü taksirli hareketler, mesleki taksir içinde yer alır¹⁹⁵. Tıp biliminin ulaştığı düzeye göre, her hekimin bilmesi

¹⁹³ BAYRAKTAR, s.205.

¹⁹⁴ AYAN, s.90.

¹⁹⁵ ÇAKMUT, s.245.

gereken bilgilerin eksikliğinden kaynaklanan meslek hataları, mesleki taksir olarak değerlendirilir¹⁹⁶.

Mesleğin ifası sırasında meydana gelebilecek zararlı neticeleri önlemek, mesleğin tıp biliminin gereklerine göre yürütülmesini sağlamak açısından bir takım mesleki ve hukuki kuralların oluşturulması ve bunlara uyulması gerekmektedir. Söz konusu kurallara uymamak, mesleği icra ederken özensiz ve dikkatsiz davranmak mesleki taksire yol açacaktır. Mesleki taksir, yalnızca acemilik şeklinde ortaya çıkmayıp her türlü taksirli hareket, mesleki taksire yol açar. Tıp mesleğini icra ederken bu faaliyet esnasında göstermiş olduğu dikkatsizlik, acemilik, tedbirsizlik, emir ve nizamla aykırılık gibi her türlü kusurlu davranış ve eylemleri “mesleki taksir” kapsamında değerlendirilir. Örnek olarak, tıbbi müdahale sırasında gerekli hijyenik şartlara uymayan veya operasyon sırasında önemli bir siniri ya da arteri kesen hekim “dikkatsizlik” göstermiş sayılır. Hekimin uzmanlık alanındaki yeni ilaç ve tedavi yöntemlerinden habersiz olması, “meslek ve sanatta acemilik” sayılır. Bir ilacın testini yapan hekimin, aşırı duyarlılığın yan etkilerini önleyici gerekli ilk yardım malzemelerini yanında bulundurmaması “tedbirsizlik” sayılır. Ayrıca, tedavi öncesi gerekli tetkiklerin yapılmamış olması, önerilen ilacın yan etkilerinin göz ardı edilmesi, ameliyat öncesi ameliyathanenin denetlenmemesi, kullanılacak aletlerin sterilize edilmemesi, hastaya yeterli bilgi verilmemiş olması ve operasyon sırasında hastanın vücudunda bazı cihazların unutulması da tedbirsizlik olarak nitelendirilir. Acil vakalarda gereken her türlü ilk yardım müdahalesini yapmayan hekim, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 3. maddesine aykırı davranmış sayılır.

2.3. Taksir Çeşitleri

2.3.1. Basit Taksir /Bilinçsiz Taksir

Basit taksir, diğer bir ifade ile bilinçsiz taksir, Türk Ceza Kanununun 22/2. maddesinde “Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.” şeklinde tanımlanmıştır. Basit taksir normal taksir şekli olup, neticesi öngörülemeyen hareketin

¹⁹⁶ ÖZPINAR, s.276.

yapılması ile meydana gelir. Taksir, objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali şeklinde tanımlanabilir. Hekim kendisinden beklenen objektif nitelikteki dikkat ve özen yükümlülüğüne uymaması nedeniyle kişinin sağlığına veya bedensel bütünlüğüne zarar vermişse taksirli fiil işlemiş olur. Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak neticeyi öngöremeden gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerin sonuçlarından dolayı, basit taksirle sorumlu olduğu düşünülür. Basit taksire örnek olarak ameliyatlarda yorgunluk gibi nedenlerle özensiz ve dikkatsiz davranılıp, hasta karnında sargı bezi, pens gibi cisimlerin unutulması verilebilir. Hekimin tanı ile ilgili gerekleri yerine getirmesine karşın, değerlendirme yanlılığı ile yanlış teşhiste bulunup, hastanın yaralanmasına yol açmasında da hekimin basit taksirle davrandığı kabul edilmelidir.

2.3.2. Bilinçli Taksir

Bilinçli taksir Türk Ceza Kanunu'nun 22/3. maddesinde "Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır." şeklinde tanımlanmıştır. Madde metninde "... bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır." denilerek bilinçli taksir halinde cezanın artırılması gerektiği belirtilmiştir.

Gerek bilinçli, gerekse basit taksirde, fail, gerçekleşen neticeyi istememektedir. Neticenin istenmemesi her iki taksirde de ortak özelliktir. Bilinçli taksirle, bilinçsiz taksiri birbirinden ayıran en önemli unsur ise öngörebilme unsurudur. Bilinçsiz/Basit taksirde; fail, öngörmesi gerekeni öngörmemekte, bilinçli taksirde ise; öngördüğü halde gerçekleşmesini istememekle birlikte, gerçekleşmemesi için gerekeni yapmamaktadır. Sağlık mesleği mensubunun neticeyi öngörmesine karşın, gerçekleşmeyeceği inancı ile hareketini gerçekleştirmesi durumunda bilinçli taksir söz konusu olur. Temel hijyen kuralına uyulmaksızın, steril olmayan aletlerle ameliyat yapılması durumunda, hekim yaranın enfeksiyon kapması dolayısı ile ortaya çıkacak olan sonuçtan bilinçli taksiri ile sorumlu olur. Sağlık ocağında görev yapan bir hekim tarafından kazazedenin bacağına tendon kesisi olduğu teşhisi ile hastaneye gönderilen hastaya müdahale eden hekimin, teşhisin yerinde olup olmadığını detaylı bir inceleme yaparak araştırması gerekirken ve tendon kesisi olması durumunda ortaya

çıkabilecek sonuçları öngörmesine karşın, yarayı basit bir şekilde inceleyip, bunda bir şey yok, dikelim iyileşir diyerek hastanın sakat kalmasına neden olması durumunda hekim bilinçli taksir ile sorumlu olur¹⁹⁷.

Taksirli suçlarda failin sorumlu tutulabilmesi, kendi yetenekleri, algılama gücü, bilgi düzeyi, içinde bulunduğu koşullar altında objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmasına bağlıdır. Bu yeteneklere sahip olmasına rağmen, objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranarak kişi veya kişilerin ölmesine ya da yaralanmasına neden olan fail kusurlu kabul edilerek cezalandırılacaktır. Taksirin bilinçli ya da basit olması suçun oluşumu bakımından önemli olmayıp, bilinçli taksirle suçun işlenmesi durumunda TCK 22/3 maddesi gereğince taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar ceza artırımı yapılacaktır.

2.3.3. Bilinçli Taksir ve Olası Kast Ayrımı

5237 sayılı kanunun 21. maddesinin 2. fıkrasında olası kasta ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre; “Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.” şeklinde düzenlenmiştir. Olası kast halinde, fail suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmektedir. Ancak bu olası kastın oluşabilmesi için yeterli değildir. Bunun yanında failin bilinçli taksirden farklı olarak yapmış olduğu fiile bağlı neticeleri kabullenmesi de gerekmektedir. Olası kastta fail hukuka aykırı sonucu öngörmüştür. Fakat o sonucu doğrudan doğruya istememiş, ancak göze almıştır. Kastın iki önemli “bilmek” ve “istemek” unsurlarından “istemek” unsuru olası kastta yoktur. Fail suçun kanuni unsurlarını bilerek işlemekte, ancak sonucu istememektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 22/3. maddesinde bilinçli taksir, “Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır.” şeklinde tarif edilmiştir. Bilinçli taksirde fail neticeyi öngörmekte, fakat istememesine karşın hareketlerine devam etmektedir. Neticeyi öngören fail, neticenin oluşmayacağına inanmaktadır. Maharetini göstermek veya bir deneme yapmak

¹⁹⁷ GÖKCAN, s.582.

amacıyla yepyeni bir cerrahi bir usule başvuran hekimin bilinçli taksirle hareket ettiği belirtilmektedir¹⁹⁸.

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere olası kast ile bilinçli taksirde, her ikisinde de netice fail tarafından öngörülmekte ve öngörülen netice her ikisinde de kesinlik değil, olasılık boyutundadır. Olası kastta fail, gerçekleşme olasılığını öngördüğü neticeyi göze almakta, kabullenmektedir¹⁹⁹. Olası kastta netice fail tarafından istenilmemekte, ancak olursa olsun düşüncesi ile kabullenilmektedir. Ancak bilinçli taksirde fail, genel olarak öngördüğü hukuka aykırı neticenin meydana gelmesini istemez ve gerçekleşmemesi için gerekeni yapar. Olayın gelişimi, failin eylemindeki amacı ve diğer özellikler gözetildiğinde “neticenin kesin olarak meydana geleceğini bilseydi, bu fiili işlemezdi” denilebilir ise, failin bilinçli taksirle hareket ettiği kabul edilmelidir²⁰⁰.

Hekimin uzmanlık alanı ne olursa olsun acil durumlarda hastaya müdahale etme yükümlülüğü vardır. Bu konuya ilişkin düzenleme Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 57. maddesinde “Ağır ve acil müdahaleyi gerektiren hastalar müracaatları halinde yataklı tedavi kurumlarına sosyal güvencesine bakılmaksızın derhal kabul edilir, gereken her türlü tıbbi müdahaleler zamanında yapılır, işlemleri daha sonra tamamlanır.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hususa aykırı hareket eden hekim neticeye göre Türk Ceza Kanunu'nun 81, 83, 85, 88, 89 veya 257. maddeleri çerçevesinde yargılanacaktır.

2.4. Taksirin Unsurları

2.4.1. Taksirle İşlenen Bir Suç Olması

Kusurluluğun tipik şekli kasttır. Taksirli sorumluluk ise istisnaidir. Ceza hukukunda temel sorumluluk biçimi olarak kastın öngörülmüş olmasına karşılık, taksir kasta göre istisnai nitelik taşımaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasına göre; “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.” denilmek suretiyle kasıtlı sorumluluğun cezai sorumluluğun temel biçimi olduğu açık bir biçimde ifade

¹⁹⁸ GÜLŞEN, Malpraktis, s.58.

¹⁹⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.392

²⁰⁰ ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III, İstanbul 1992, s.320.

edilmiştir. Kanun'un 22. maddesinin 1. fıkrasında ise; “ Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.” ifadesi ile taksirin istisnai niteliği açıkça belirtilmiştir. Kanunda eylemin taksirli biçimi öngörülmemiş ise kanunilik ilkesi karşısında bunu cezalandırmak mümkün değildir.

Taksirin kasta göre istisnai bir sorumluluk biçimi olmasının nedenini, failin iradesinin tipe uygun fiilin sonucuna yönelik olmamasında aramak gerekir. Taksirde sonuç istenmediği için, kanun ancak dikkat ve özen yükümlülüğünün bulunabileceği hallerde taksirli eylemleri cezalandırmıştır. Taksirli fiilin cezalandırılması için kanunda hüküm bulunması gereği kastla taksir arasındaki farklardan biridir. Türk Ceza Kanunu' un “Çocuğun Soybağını Değiştirme” başlıklı 231/2. maddesi “ Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişi bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır ” hükmünü içermektedir. Bu hükümde maddenin birinci fıkrasındaki kasten çocuğun soy bağını değiştirme fiilinin, özen yükümlülüğüne aykırı davranılmak suretiyle taksirle de işlenebileceği ifade edilmektedir .

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 16.5.2000 tarihli kararında, “Suçun taksirle işlenebileceği haller yasanın gösterilmelidir. Bu taksirli hareket iradi olmalı, netice öngörülebilir ancak istenmemelidir. Hareket ile netice arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır.” şeklinde bu konuya değinmiştir²⁰¹.

Türk Ceza Kanunu'nda her suçun taksirli şekli düzenlenmemiştir. Bu bağlamda; taksirle öldürme (TCK madde 85), taksirle yaralama (TCK madde 89), taksirli iflas (TCK madde 162), genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (TCK madde 171), atom enerjisi ile taksirle patlamaya sebebiyet verme (TCK madde 173/2), trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma (TCK madde 180), çevrenin taksirle kirletilmesi (TCK madde 182), zehirli madde katma suçunun taksirle işlenmesi (TCK madde 185/2), çocuğun soy bağını değiştirme suçunun taksirli hali (TCK madde 231/2), taksirle askeri tesislerin tahribine neden olmak (TCK madde 307/3), savaş zamanında yükümlülükleri taksirle yerine getirmeme (TCK madde 322/2), devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri taksirle açıklama (TCK madde 329/3),

²⁰¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 16.05.2000 Tarih, 2009/9-104 E., 2010/110 K. sayılı Kararı.

yasaklanan bilgileri taksirle açıklama (TCK madde 336/3) ve taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi (TCK madde 338)290 suçlarının taksirli halleri kanunda açıkça belirtildiğinden bu suçların taksirle işlenmesi halinde fail cezalandırılabilir.

Bunun dışında doğrudan taksirli herhangi bir suça ilişkin düzenleme getirmemekle birlikte, somut olayda failin taksirinin tespiti açısından bazı düzenlemeler getiren kanunlar da mevcuttur. Tıp mesleği mensuplarının görevlerinin ifası sırasında uyması gerekli kuralları gösteren, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, Tababet Uzmanlık Tüzüğü ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi hükümleri gibi düzenlemeler bu kapsamda sayılabilir. Örneğin, Hususi Hastaneler Kanunu²⁰² 43-44. maddeleri hekimin gerekli önlemleri almadan, yerine başka bir hekim ikame etmeden tedaviyi yarıda bırakması sonucunda hastanın ölmesi durumunda taksirle adam öldürmeden sorumlu tutulacağını belirtmiştir. Böyle bir düzenleme olmasa dahi hekim üstlendiği tedaviyi haklı bir neden olmadıkça tek tarafı olarak sonlandıramaz. Aksi durum tıbbın gerekleriyle bağdaşmayacağından hekim, neticeye göre taksirle adam öldürme veya yaralama suçunu işlemiş sayılacaktır.

2.4.2. Hareketin İradi Olması

Hareketin iradi olması, yapılan hareketin bilerek, istenerek yapılmış olmasıdır. Hareket iradi olmazsa taksirden bahsedilemez. Diğer bir deyişle hekimin hareketi iradi olmadıkça, taksirin varlığından söz edilemeyecektir. Kişinin dikkatli ve özenli davranmak şeklindeki hareketleri iradi olduğu gibi bunun tersini yapması da iradi olacaktır. Örneğin, ameliyat esnasında hastanın vücudunda makas unutan hekimin bu ihmali, iradidir. Çünkü hekim kendisinden beklenen dikkat ve özenli davranma iradesine sahip olmasına rağmen bunu yerine getirmeyerek neticeye sebep olacak şekilde iradi olarak hareket etmiştir. Unutmamak için gereken özeni göstermemiştir. Bu nedenle hekimin hareketi iradidir.

Hareketin iradiliği konusunu “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 16.5.2000 tarihli kararında doktrine paralel olarak şöyle belirtilmiştir: “...Yasa koyucu, taksirli suçların

²⁰² RG. 05.06.1933-2419

neler olduğunu belirleyip cezalandırırken toplumda o anda yaygın olan ortak deneyime dayanarak belirli meslek grubunda çalışanları daha dikkatli olmaya zorlamıştır. Kendi eyleminin olası ve öngörülebilir neticelerini hesaplamakta iradi olarak özen göstermeyen kişi taksirli sayılarak sorumlu tutulacaktır”²⁰³.

Taksirli olarak nitelendirilen hareket, icrai veya ihmali biçimde gerçekleştirilmiş herhangi bir hareket olabilir. Taksirli hareketin icrai hareketle işlenmesi durumunda sorumluluğun belirlenmesi nispeten daha kolaydır. Örneğin trafik kazası sonucu yaralanma durumunda sürücünün kusurlu olduğunun belirlenmesi halinde durum böyledir. Ancak ihmali hareketle işlenen suçlarda netice harekete bitişik olduğundan illiyet bağının tespiti güçtür. İhmali harekette taksirle yaralama halinde illiyet bağı, suça konu hareket yapılsaydı netice meydana gelecekti sonucuna varıldığı takdirde mevcuttur. Taksirin unsurlarından olan hareketin iradiliği unsuru, yukarıdaki örnekte de görüldüğü üzere, taksirli ihmali suçlar yönünden özellik arz etmektedir. Yapılan hareket ister icrai, ister ihmali olsun kişilere ödev olarak yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumu hareketin iradi olduğunu ortaya koymaktadır.

Mücbir sebep veya kaza halleri dışında kalan bütün hallerde, ihmali hareket de iradidir, yani fail tarafından istenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 83. maddesinin gerekçesine baktığımızda, kanun koyucu, “ İhmali davranışla öldürme suçu kasten işlenebileceği gibi taksirle de işlenebilir. Belli bir yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğü aykırı davrandığının bilincinde olduğu halde, bunun sonucunda bir insanın ölebileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş ise; taksirle işlenmiş öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulmak gerekir” demek suretiyle ihmali suçlarda da failin taksirli sorumluluğunun söz konusu olabileceğini, dolayısıyla bu suçlarda da failin iradi olarak hareket edebileceğini açıkça belirtmiştir.

Taksiri oluşturacak olan hareket icrai ve ihmali hareketler birçok şekilde meydana gelebilir.

²⁰³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 16.02.2000 tarih, 2009/9-104 E., 2010/110 K. sayılı Kararı.

2.4.2.1. Tıbbi Hata Kavramı

Tıbbi hata diğerk bir ifade ile uygulama hatası ya da malpraktis ulusal ve uluslararası bazı metinlerde tanımlanmıştır.

Türk Tabipler Birliğı'nin 47. Büyük Kongresinde (10-11 Ekim 1998) kabul edilen Hekimlik Meslek Etiğı Kuralları'nın 13. maddesinde tıbbi hata:

“Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğıin kötü uygulaması" şeklinde tanımlanmıştır.

1992 yılında yapılan Dünya Tabipleri Birliğı'nin 44. Genel Kurulunda kabul edilen Marbella Bildirgesinin 2. maddesinin a bendinde tıbbi hata şöyle tanımlanmıştır:

“Tıbbi kötü uygulama, hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliğı veya hastaya tedavi uygulamaması ile oluşan zarardır.”

Bakanlar kurulunca 04/06/2002 tarihinde kabul edilerek, 24/07/2002 tarih ve 4095 sayılı yazı ile TBMM Başkanlığına sunulan ancak yasalaşmayan, “Tıbbi Hizmetlerin Uygulamasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı”nın 3. maddesinde “Tıbbi Kötü Uygulama” kavramı kullanılmış ve şu şekilde tanımlanmıştır:

“Sağık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliğı ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumlardır.”

Danıştay verdiğı bir kararında da tıbbi hatanın tanımı:

“hekimin ya da diğerk sağık görevlilerinin kendi gördüğü eğitimin ya da uzmanlıkla ilgili bilgilerinin, bir hastanın tedavisinde yeteri kadar göstermeyerek ülkedeki mevcut tıbbi hizmet standartlarının altında bir hizmet vermesi” şeklinde yapmıştır²⁰⁴.

²⁰⁴ Danıştay 10. Daire, E. 1998/5737, K. 2001/590 (Serkan Kızılyel, “İdarenin Sağık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğı”, Ankara Barosu-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, 2008, s. 209.)

Yargıtay da bir kararında tıbbi hataya ilişkin olarak

“...meslek kusurunun varlığından söz edilebilmesi için, hekimin, tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş bir kuralını çiğnemesi, kusurlu olması da şarttır. Bunun içinse, en azından uygulanacak tedavi yönteminin seçiminde bir ihmalin, tıbbi özen yükümüne aykırılığın mevcudiyeti aranır” demiştir²⁰⁵.

Tüm bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere tıbbi hata, tıp biliminin standartına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı, müdahale öncesi, müdahale ve müdahale sonrasını kapsayan uygulama hatasıdır. Tıbbi hata yapılmaması gereken bir şeyin yapılması şeklinde olabileceği gibi, yapılması gereken bir şeyin yapılmaması şeklinde de olabilir. Her iki durumda da tıbbi uygulama hatası diğer bir ifade ile tıbbi hata mevcuttur.

Hekimin sorumluluğu ancak kusurlu uygulama hatasından dolayıdır. Sorumluluk kusura dayalı genel sorumluluktur. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranmakla birlikte sonuç değişmemiş ise sorumluluk doğmaz. Tıbbi müdahaleler izin verilen risk olarak değerlendirilmektedir. İster sözleşmeden kaynaklınsın ister haksız fiilden kaynaklınsın özel hukuk ve ceza hukuku sorumluluğu bakımından kusur prensibi esastır.

Hekimin özen sorumluluğunun ihlalinden bahsedebilmek için hekimin kusurlu olması yani özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olması gerekmektedir. Burada hekimin kusurlu olması noktasında kullanılan kriter subjektiftir. Yani hekimin kendi kişisel yetenekleri, bireysel bilgisine göre gerekli özeni gösterebilecek olmasına rağmen, bunu göstermemesi demektir. Hekimin hukuksal sorumluluğu bakımından ölçü olarak tecrübeli bir uzman hekimin standardı esas alınmalıdır. Hekim yerine göre riski de üstlenmek zorundadır. Burada önemli olan müdahalenin fayda ve risklerini tartmak, değerlendirmek ve ona göre karar vermektir. Acil durumlarda ise hekim öncelikle tehlikenin önlenmesi için gerekli olanı yapmak zorundadır. Acil durumlarda zaman baskısı ile somut olarak elde mevcut tıbbi teknik, hekimin sorumluluğunu sınırlandırmaktadır. Hekim, tıp sanatının bütün kurallarına uymuş, buna rağmen

²⁰⁵ Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, E.2000/6186, K. 2000/9628

zararlı bir sonuç meydana gelmiş ise kusurluluktan bahsedilemez. Ancak olumsuz sonuç, tıp sanatının kurallarına uyulmamasından ileri gelmişse, hekimin taksirli sorumluluğu kabul edilebilecektir²⁰⁶.

Bulguların atlanması, tetkiklerin eksik irdelenmesi sonucu teşhiste oluşan hatalar, girişimsel, ilaç ya da operasyon ile tedavi sırasındaki yanlış ilaç uygulaması, yanlış taraf ameliyatı gibi uygulamalar sonucu hastada oluşan yan etki ve komplikasyonlara bağlı hatalar, yatak başı bakımında hastanın düşmesi, üçüncü kişileri uyarmama, hastanın yeterli beslenememesi; cihaz desteğinin hatalı kesilmesi ve benzeri sebeplere bağlı oluşan hatalar, hastanın taburcu olması sırasında yeterli bilgilendirilmemesi, taburcu olduktan sonra bakımına destek olunmamasına bağlı oluşan hatalar, hatalı enjeksiyon, hatalı laboratuvar tetkikleri, poliklinik ve sevk işlemlerinde yanlış yönlendirmeler, acil servis hizmetlerinin yetersizliği, müdahalenin yapılmaması, hastanın vücudunda yabancı madde unutulması, eksik ön muayene ve yetersiz hasta öyküsü alma, yanlış tedavi yöntemi seçme, komplikasyonun fark edilememesi, teknik aletlerin kullanılmasında yapılan hatalar, hastanın günlerce devam eden ağrılarında parmaklarındaki karıncalanmaya rağmen alçının zamanında açılmaması, röntgen, endoskopi gibi gerekli teşhis işlemlerinin yapılmaması dolayısı ile hastada olumsuz sonuçların oluşması, henüz uzmanlık eğitimi gören asistan hekimin, daha önce hiç yapmadığı bir ameliyatı tecrübeli bir cerrahın yönlendirmesi ve gözetimi olmaksızın yapılması, teşhis konmaksızın tıbbi müdahale yapılması tıbbi hatalara örnek olarak gösterebiliriz.

2.4.2.2. Tıbbi Hata Türleri

2.4.2.2.1. Teşhis/ Tanı Hataları

Teşhis, hastanın muayenesi ve yapılan test ve tetkiklere dayalı olarak elde edilen bulguların değerlendirilmesi neticesinde, hastalığın tanınması veya semptomların kaynağının anlaşılması işlemidir. Diğer bir ifade ile teşhis bir hastalığın tanınması demektir. Teşhis hastalığın ve nedenlerinin kesin olarak belirlenmesi demek

²⁰⁶ HANCI, s.58.

değildir²⁰⁷. Teşhis birçok ön araştırmayı içinde barındıran geniş bir kavramdır. Ayrıca birçok basamağı mevcuttur. Tanı için gereken tetkiklerin yaptırılmaması, yetersiz muayene ve hasta öyküsünün eksik alınması, teşhis için uzman görüşüne başvurulmaması, teşhise yönelik gerekli tetkiklerin yapılmaması teşhis hatalarıdır. Bu basamakların herhangi birinde yapılacak hata, ondan sonraki adımlar doğru izlenmiş olsa dahi tedavide hata oluşturacaktır.

Hekimlik sözleşmesi, hekime teşhis koyma yükümlülüğünü yüklemektedir. Seçilecek tedavi yönteminin isabetliliği iyi bir teşhise bağlıdır²⁰⁸. Hekimin teşhis yükümlülüğünü nasıl yerine getirmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir hukuksal düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca hekimin teşhiste başarılı olma yükümlülüğü yoktur. Bunun nedeni her zaman kesin, güvenilir bir tanının olmayışıdır. Hekim hastaya ait bulgularla hasta şikâyetleri doğrultusunda hastalığın ne olabileceğine ilişkin bir teşhis ortaya koymaktadır. En dikkatli hekimin bile esaslı muayeneye rağmen düşebileceği tanı hataları olabilir²⁰⁹. Hekim uzmanlığının, hastalığın gerektirdiği şekilde hareket etmekle yükümlüdür. Hekim teşhis için gerekli bütün tıbbi müdahaleleri, tetkikleri yapmalı ve elde ettiği sonuçları da tıp biliminin gereklerine göre doğru yorumlamalıdır. Bu yöndeki hatalar teşhis hatası olarak adlandırılmalıdır.

Belirli bir hastalığın teşhis edilebilmesi için tıp bilimi tarafından kabul edilen tanı yöntem ve protokollerini uygulamak hekimin yükümlülükleri içerisindedir. Tanı koyabilmek için gerekli tıbbi standartlar uygulanmalıdır. Biyotıp Sözleşmesinin 4. maddesi gereğince araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir. Bu tüm hekimler için bağlayıcıdır. Hekimin yükümlülüğü, yerleşmiş ve standartlaşmış kuralları uygulamaktır. Kural olarak tıbbi standartlardan her sapma, doğrudan özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmemektedir. Yani hekimin geleneksel yöntemlerden sapması tek başına uygulama hatası olarak kabul edilmemektedir. Bunun yanında yapılmasına hiç gerek olmayan, tıbbi standartlar ile belirgin olan bir tanı yöntemini hastaya uygulaması durumunda hekimin özensiz davranmasından

²⁰⁷ HAKERİ, s.424.

²⁰⁸ AYAN, s.65.

²⁰⁹ BELGESAY, Mustafa Reşit, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul, 1953, s.91.

sorumlu tutulması mümkün olacaktır. Kan tetkiklerinin yaptırılması, kültür uygulaması, tıbbi görüntüleme yöntemlerinin kullanılması, klinik bulguların saptanması gibi uygulamaların yerine getirilmesi gerekir. Hekimin mutlak olarak yapılması gereken tetkikleri yapmaması, tanı protokollerine uyulmaması tıbbi hata olarak kabul edilmektedir. Hekimin hastanın şikayetlerine göre istemesi gereken tetkikleri istememesi bir tıbbi uygulama hatasıdır. Kafa travmasında kafa grafisi çekilmemesi nedeni ile kafasındaki çökme kırığının saptanmadan hastanın eve gönderilmesi buna örnek olarak gösterilebilir²¹⁰.

Hastanın öyküsünün alınması ve teşhise yönelik muayenesinin yapılması hastanın ve hastalığın geçmişi açısından büyük önem arz etmektedir. Bunların yapılmaması doğrudan tıbbi hata olarak kabul edilmektedir. Hasta hikayesinin düzgün alınıp alınmadığında dava aşamasında en önemli belge, anamnez sırasında hekim tarafından tutulan kayıttır. Kayıt hekimin hareketinin hukuka uygunluğunu ya da sözleşmeye aykırı davranıp davranmadığını gösterecektir. Hasta açısından ise belirtmediği husus, geçirdiği hastalık, kullandığı ilaçlar, sorumluluğun paylaşılmasını sağlayacaktır.

Hususi Hastaneler Kanunu'nun 43. maddesinde bu konuya ilişkin hüküm mevcuttur. Bu maddeye göre aynı kanunun 29. maddesinde belirtilen cerrahi ameliyeleri aynı maddede yazılı tetkik ve tedavileri yapılmadan icra eden hekimler hakkında idari para cezası uygulanacak, bu nedenle hasta ölmüş ise taksirle öldürmeye ilişkin ceza kanunu hükümleri uygulanacaktır. Örneğin ortopedi uzmanının iki kolu kırık olduğu için başvuran hastanın bir kolunu alçıya alıp, diğerine müdahale etmemesi nedeni ile cezai sorumluluğunun araştırılması istenilmiştir²¹¹.

Hekimin hasta ile karşılaştığı anda koyduğu tanı geçici tanıdır. Geçici tanı, hastalık hakkında kesin tanı kadar güvenilir bilgiler içermez²¹². Bu aşamada hekimin sorumluluğu doğmaz. Ancak hekim koyduğu geçici tanıyı ileri tetkiklerle kesin tanıya dönüştüremezse, diğer olası hastalıkların varlığını araştırmalıdır. Bu işlemin

²¹⁰ ÇETİN, Gürsel, "Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi", II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, Eylül 2007, s.38.

²¹¹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 20.12.1994 tarih, 8852/1197 kararı.

²¹² HAKERİ, s.344.

yapılmaması halinde, hekimin kusurlu hareketinden bahsedilir. Dolayısı ile sorumluluk doğabilecektir.

Hekim tanı koyarken özenle hareket etmeli ve tıp bilimine kabul edilen alışılmış ilkeleri gözeterek ve her türlü tedbiri alarak tanı koymalıdır. Hastanın bulguları ve şikâyetleri alışılmadıkça ve hekimin tanı hakkında şüpheleri varsa diğer bir uzman hekimin görüşüne (konsültasyon) başvurulmalıdır. Olası diğer hastalıklar için de diğer uzmanlık alanlarından meslektaşlarına danışmalıdır. Tedaviyi üstlendiği ve bilgisi yeterli olmadığı halde uzman görüşü almamak da hekimin kusuru sayılır.

Yukarıda da işaret ettiğim gibi hekimin teşhiste başarılı olma yükümlülüğü yoktur ancak hekim hastalığın seyri sürecinde tıbbi bilgileri doğrultusunda hareket etmek zorundadır. Her mesleki başarısızlık tıbbi hata olarak değerlendirilemez. Örneğin sırtındaki ağrı için ilaç tedavisi uygulayan ancak ağrıyı gideremeyen hekim, salt bu konudaki başarısızlığı nedeni ile sorumlu tutulamaz²¹³.

Yargıtay teşhis hataları ile ilgili iddiaların uzman bilirkişi raporu ile belirlenmesi halinde ceza sorumluluğunu gerektirdiğini kabul etmektedir.

“Sanığın hastalığın teşhisi ve tedavisinde bir savsama ya da özensizliği, meslek ve sanatta acemiliğinin bulunup bulunmadığı, zamanında yapılan teşhis ve tedavinin sonucu etkileyip etkilemeyeceği konusunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınarak... Sonucuna göre karar verilmesi gerekir” demiştir²¹⁴.

Yargıtay bir kararında “Acil olmayan ameliyattan önce yapılması gereken konsültasyon ve tetkiklerin yeterli düzeyde olmadığı, nedeni ile kusurlu bulunduğundan cezalandırılması gerektiği” demekle, doğru tanı konulması için gereken tetkiklerin yaptırılmaması ve bu nedenle hatalı teşhiste bulunulmasının ceza sorumluluğunu gerektirdiğini kabul etmiştir²¹⁵.

Teşhis hatalarına örnek olarak, kadın doğum uzmanının konjenital anomalileri tanımaması, anne ve bebeğinin klinik durumunun doğru değerlendirilememesi, yüksek

²¹³ ÖZTÜRKLER, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis ve Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, 2006, s.302.

²¹⁴ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 14.6.2006 tarih, 52/12500 kararı.

²¹⁵ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 22.1.2007 tarih, 5972/114 kararı.

riskli gebeliklerin doğru değerlendirilememesi, gebelik yaşını tespiti ilişkin tüm bilgileri eksiksiz olarak saptamadığından doğum zamanında hata yapması, gebelik süresince toksemi gibi komplikasyonları işaret eden bulgulara karşı dikkatli olmaması, hekimin tüm olanakları kullanmasına rağmen bulguları yanlış değerlendirmesi; tanı için önemli bulgulara ulaşmak için girişimde bulunmaması ya da uzmandan danışmanlık almaması, yetersiz veya geç tanı koyması ya da tanının hiç konulmaması tanı hatasına örnek olarak verilebilir²¹⁶.

2.4.2.2.2. Tedavi Hataları

Hekim tedavisi denildiğinde, bir insan vücudunda gerçekleştirilen ve hastalıkları, acıları, zararları, şikâyetleri veya ruhsal bozuklukları önlemek, tespit etmek, iyileştirmek veya azaltmak amacına yönelik olarak hekimin bütün müdahale ve tedavi amaçlı tedbirlerin tümü anlaşılmaktadır²¹⁷.

Tedavi konusunda hekimin yükümlülüğü, tıp biliminin verilerine göre yapılması gereken tıbbi müdahaleyi yerine getirmek ve önlenemez neticelerin ortaya çıkmaması için gereken önlemi almak, özenli davranmaktır. Hekim tedaviye yönelik müdahalesinde tıbbi standartları temin etmelidir. Burada hekimin hareketinin icrai ya da ihmali olmasının bir önemi yoktur.

Bunun dışında hekimin hastalığı tamamen iyileştirmek veya tedavide mutlaka başarılı olmak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hekim tıbbi standartları yerine getirdiği halde tedavide başarı elde edememiş ise sorumlu tutulamaz. Hekim güncel tıp bilgileriyle, hekimlik meslek kurallarına ait hukuki düzenlemelere de uyarak hastanın tedavisi için elindeki tüm imkânları kullanmakla yükümlüdür. Hekim uzmanlık dalına ait en yeni bilgi ve teknik donanımları sürekli araştırmak durumundadır. Ancak bu yükümlülük çok ileri bir noktaya götürülmemelidir. Örneğin yeni yayınlanmış ancak çoğu meslek grubunca uygulanır hale gelmemiş bir yöntemin uygulanmaması tıbbi hata olarak değerlendirilemez. Eskimiş, alışılmış ve riskli

²¹⁶ POLAT, Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara, 2005, s.35.

²¹⁷ Hakeri, Tıp Hukuku, 5. Baskı, s.429.

yöntemlerin teşhis veya tedavide kullanılması tıbbi hatadır ve hekimin sorumluluğuna neden olur.

Tedavi ile ilgili hekimin yükümlülükleri Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13/3. maddesinde yer almıştır. Madde uyarınca hekim:

“Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bendeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz” .

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 11. maddesinde teşhis ve tedavi konusu:

“Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir” şeklinde düzenlenmiştir.

Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları 2. maddesinde:

“Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler” denilmiştir. Madde metninde ayrıca hekimin yükümlülükleri açıklanmıştır.

Tedavi hataları çok çeşitlidir. Tecrübesizlik, bilgi eksikliği gibi nedenlerle yanlış tedavi yöntemi seçilmesi, müdahalenin yapılmaması veya zamanında müdahalede bulunulmaması, tanıya göre gerekli tetkiklerin istenmemesi, yanlış ilaç, hasta karıştırma, yanlış taraf cerrahisi, ölçsüz tıbbi müdahalede bulunulması, hatalı ameliyat tekniği, teknik aletlerin kullanılmasında yapılan hatalar, derhal hastaneye yapılması gereken sevk yapılmaması, enfeksiyon ve hijyen kurallarına uyulmaması, tedavi sonrası yükümlülüklerin ihlali, konsültasyon istenmemesi, bir komplikasyonun fark edilememesi tedavi hatalarıdır.

Yargıtay bir kararında Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı olan sanığın, olay gecesi icapçı nöbetçi doktor olduğu, nöbetçi ebe tarafından aranarak Olur Merkez Sağlık Ocağından ambulansla gelen, doğumsal kalça çıkıklığı olan ve doğum sancuları

başlayan hasta olduğu bildirilmesine karşın; hastaneye gelmeden, hastanın yakınları tarafından Erzurum Araştırma Hastanesine götürülmesi yönünde talimat verdiği, yolda doğum yapan G.T. ve bebeğin öldüğü olayda, Yüksek Sağlık Şurası kararında, ölümle sanığın eylemi arasında illiyet bağının kurulamayacağını, ancak hastayı görmeden sevk etmesi nedeni ile Dr. B.Y.'nin kusurlu olduğunun belirtilmesi karşısında; sanığın hastayı görmeden ve yapılacak müdahaleler konusunda değerlendirme yapmadan sevkine karar vermekle, gerekli sağlık hizmetini vermyerekmağduriyete neden olduğunu belirtmiştir²¹⁸.

Hekim tedavi yöntemini seçmekte serbesttir, ancak hekimin mesleki bilgi eksikliği veya özensiz davranışı nedeni ile yanlış tedavi yöntemi seçmesi mesleki kusur sayılır. Buna karşın, hekimin tedavi yöntemi ile ilgili her uygun olmayan tercihi kusur olarak kabul edilemez. Tedavi yöntemini seçmede genel olarak kabul gören; hekimin hastası için en az tehlikeli ve en az acı verecek yöntemi seçmesidir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13. maddesinde de hekimin tıp ilke ve kurallarına göre hareket etmesi vurgulanmıştır. Hekim tıbben kabul edilmemiş, yeteri kadar denenip standart tedavi yöntemleri arasına girmemiş yöntemi kullanamaz. Ancak yukarıda da işaret ettiğimiz gibi hekimin geleneksel yöntemlerden sapması, tek başına uygulama hatası olarak kabul edilmemektedir. Hekimin ilaç tedavisi ile iyileşmesi mümkün bir hastalık için son çare olan ameliyata daha baştan başvurması halinde tıbbin gerekli gördüğü kurallara uymadığı söylenebilir. Bu durumda hekimin sorumluluğu doğar. Hekim, hasta üzerinde uyguladığı tedavi yöntemini seçerken özen yükümlülüğüne uymamış, bilgi eksikliği ya da kendisini mesleki yönden geliştirmemesi nedeni ile yanlış yöntem belirlemiş ise, kusurlu davrandığı kabul edilir.

Tedavi hatası olarak söz konusu olabilecek en temel hata, tıbbi müdahalenin gerekli olmasına rağmen yapılmaması ya da müdahalenin geç yapılmasıdır. Müdahalenin yapılmaması ihmali hareket niteliğindedir. Hekimin tanı ve tedavi amacıyla önüne gelen hastaya gerekli tıbbi müdahalede bulunmaması sonucunda hastanın durumunun kötüleşmesi ya da ölmesi halinde neticeye göre taksirli yaralama veya öldürme suçu oluşur. Hekimin hastasını uzaktan tedavi etmesi yasaktır. Hekim, tedaviyi bizzat

²¹⁸ Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2011/17665 E., 2013/15693K. ve 22.05.2013 tarihli kararı

uygulamalıdır. Hekimin muayene yapmadan uzaktan reçete göndermesi de kabul edilemez. Hekim reçeteyi, bizzat yaptığı muayene sonucu düzenlemelidir.

Yargıtay'a göre tedavi hatası, hastanın durumunun tıbbi açıdan zamanında belirlememek²¹⁹ veya belirlemede geç kalmak, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksik almak veya almamak, uygun tedaviyi belirlememek veya belirlemede geç kalmaktır²²⁰. Gece hafta sonu gibi gerekçelerle hasta tedavisi, özellikle acil durumlarda, ertelenemez²²¹. Danıştay, verdiği bir kararda doğum sırasında gerekli müdahaleyi yapmayarak çocuğun özürlü kalmasını tedavi hatası olarak nitelendirmiştir²²².

İlaç hataları, ilacın reçetelenmesi, kullanımının tarif edilmesi ve hastaya sunulması süreçlerinde meydana gelen uygulama hatalarını ifade eder. Hekimin ilacın üretimine değil, kullanımına ilişkin hatalardan sorumluluğu söz konusu olabilir. Hekim ilaç ile ilgili bilgileri hastaya aktarmakla sorumludur. Hekimin ilaçtan sorumluluğunda temel nokta, hekim tarafından yazılan reçeteye dayandırılır. Reçete hekimin imzasını taşıyan, hekime sorumluluk yükleyen bir belgedir. Reçete yazma yetkisi yalnızca hekimlere, diş hekimlerine ve veterinerlere verilmiştir. Yetki de her zaman beraberinde sorumluluğu getirmiştir. İlacın reçete edilmesi ve kullanımının tarifi hekimin sorumluluğundadır. Reçete ilacın ismini, dozunu ve kullanım şeklini içerir. Burada hekime karşı tehlike sorumluluğuna gitmek mümkün değildir. Eğer hekim hastasına tavsiye ettiği ilacın zararlarını biliyor veya bilmesi zorunlu ise buna rağmen ilacı hastaya tavsiye etti ise bizzat sorumluluğu mevcuttur. Ancak ilaç prospektüsünde yer almayan bilgiler ve tehlikelerin mevcut olması durumu hekim tarafından bilinmesine rağmen hastaya bu ilaç tavsiye ediliyor ise ilaç üreticisi ve hekim arasında müteselsilen sorumluluk söz konusudur. Hekim ilaçları tanımalı ve ilaçları güncel olarak takip etmelidir. İlaç dozunun yanlış ayarlanması tıbbi hatadır. İlaçların yan etkileri ile ilgili olarak hekimin olası komplikasyonları önleyecek veya komplikasyonun sonuçlarını sınırlayabilecek tedbirleri alması beklenir. Bu yöndeki tedbirlerin alınmaması dikkat

²¹⁹ TÜRKAN, Hülya; TUĞCU, Harun, "2000-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları", Gülhane Tıp Dergisi, C.46, S.3,2004, s.229.

²²⁰ Yargıtay 13.HD, 06.07.2006 tarih, E. 2006/5518, K. 2006/11185 sayılı kararı.

²²¹ HAKERİ, s.547.

²²² Danıştay 10.D., E. 1998/5580, K. 2001/582 sayılı kararı

ve özen ödevinin ihlali olduğundan hekim kusuru sayılır. İlacın günlük yaşamı etkileyebilecek yan etkileri ve olası riskleri konusunda hastanın aydınlatılması gerekebilir. Bu durumda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısı ile meydana gelen zarardan hekimin sorumluluğu doğabilir.

Yanlış taraf cerrahisi de tıbbi hatadır. Yargıtay, yanlışlıkla hastanın sağlam organının ameliyat edilmesi ve organ kaybına neden olunması, açık bir dikkat ve özen eksikliğine bağlı tıbbi hatadır, sorumluluğa neden olur demiştir.

“GÜTF hastanesinde doktor olan ve göz ihtisası yapmakta bulunan sanık A’nın diğer sanık ve ameliyathane sorumlusu R’nin görevlendirilmesi üzerine, mağdure Fatma’nın ameliyatını yaptığı, ancak sanık A’nın hastaya ait dosyayı incelemeyen sol gözde retinoplasttom olduğu halde yanlışlıkla sağ gözünü ameliyat sureti ile aldığı, daha sonra yanlış gözün alındığı anlaşılınca da diğer hasta gözün alındığı ve bu surette mağdurun tamamen kör olduğu...”²²³ olayında çift organlarda organların karıştırılmasının hekim hatası olduğunu belirtmiştir.

Danıştay kararına konu bir olayda da hastanın sol kalça yerine, sağ kalçasının ameliyat edilmesi ağır kusur olarak değerlendirilmiştir²²⁴.

Teşhis ve tedavinin ölçülü olması gereklidir. Bu ölçülülüğün aşılması durumunda tedavi hatası söz konusu olur. Danıştay, bir kararında orantısız narkozdan kişinin ölmesi olayında tıbbi hatanın var olduğunu belirtmiştir²²⁵. Tıbbi müdahalenin ölçüsü, tıp biliminin verileri doğrultusunda, tıbbi müdahalenin yapıldığı andaki seviyeye göre olmalıdır²²⁶.

Tıbbi Standartların yerine getirilmemesi veya uygun olmayan ameliyat yönteminin tercih edilmesi de tıbbi hatadır. Ameliyat sırasında steril olmayan malzeme kullanılması, hastanın vücudu içinde açılan bir yaranın dikişsiz bırakılması, vücutta tıbbi malzeme unutulması gibi davranışlarda hekimin kusurlu olduğu anlaşılır. Yargıtay uygulamasında da ameliyatta hastanın vücudunda yabancı cisim unutulması

²²³ Yargıtay 2.Ceza Dairesi, 24.4.1996 tarih, 4493/4682 sayılı kararı.

²²⁴ Danıştay, 10. Daire, 10.10.1996, 5933/934 sayılı kararı.

²²⁵ Danıştay 10.Daire, E. 1997/2731, K. 2001/4835 sayılı kararı.

²²⁶ HAKERİ, s.556.

tıbbi hatadır ve sorumluluğu gerektirir. Ameliyat sırasında ve sonrasında enfeksiyona neden olunmaması için gerekli tıbbi önlemlerin alınmaması ta tıbbi hatadır. Ancak, oluşmaması için gerekli tıbbi standartlar sağlanmasına rağmen enfeksiyonun meydana gelmesi durumunda hekimin kusurundan söz edilemez. Yine bir organın ameliyatı sırasında başka bir organa zarar verilmesi, hastanın ameliyat sonrası bakım odasından normal odaya çok erken alınması da tedavi hatasıdır. Geç sevk veya hatalı sevk, uzman hekime danışılmaması ya da danışmada gecikilmesi de tedavi hatalarıdır.

Hekim tedavi sürecini ve başarısını sürekli gözetim altında bulundurmalıdır²²⁷. Hekim cerrahi veya medikal müdahale sonrasında hastayı belli bir süre hastanede izlemelidir. Hastanın hastaneden erken taburcu edilmesi, kontrole çağrılmaması tedavi hatasını oluşturur. Hekim tedavi sonrası hastasına önerilerde bulunmak, hastasını bilgilendirmek durumundadır. Hastasına diyetle girmesi gerektiği veya sigara içmemesi gerektiği ayrıca hastalığının bulaşıcı olduğunu, başka insanlara karşı dikkatli davranması gerektiğini belirtmemesi hekimin tedavi hatasıdır.

Hekim, tıbbi müdahale sonrası hasta şikâyetlerini dinlemeli, hastayı gözlemleyerek oluşabilecek yan etkiler konusunda dikkatli olmalıdır. Hastanın şikâyetleri doğrultusunda gerekli tetkikleri yaptırmalıdır. Uygulamada protez takımı sonrası hastaya tam olarak iyileşmeden ayağa kalkmaması gerektiğini söylemeyen ve hastasını bu nedenle ikinci kez ameliyat olma zorunda bırakan hekim kusurlu bulunmuştur²²⁸.

Hekimin tıbbi müdahaleye ilişkin gerekli özen ve dikkati göstermesi halinde komplikasyon nedeniyle sorumluluğu söz konusu değildir. Tıbbi standartlara uygun davranılmasına karşın meydana gelmesi olası riskleri komplikasyon, özen yükümlülüğüne aykırılık sonucunda ortaya çıkan zararlı sonuçlar ise kusur olarak nitelendirilir. Hekimin uygulamış olduğu tedavinin olası komplikasyonlarını bilmemesi, bunlar için önlem almaması ve komplikasyonu geç fark etmesi, komplikasyona müdahale etmemesi tedavi hatasıdır. Yüksek oranda kan kaybı gibi bir komplikasyonun farkedilememesi ve verilen ilacın neden olabileceği komplikasyonların dikkate alınmaması²²⁹ tedavi hatasıdır.

²²⁷ AŞÇIOĞLU, s.90.

²²⁸ ÖZTÜRKLER, s.139.

²²⁹ BAYRAKTAR, s.212.

2.4.2.2.3. Organizasyon Hataları

Sağlık hizmetleri sağlayıcısı olarak hizmet yapan tüm hastaneler, özel ya da kamu hastaneleri tıbbi müdahalelerden, organizasyondan sorumludurlar. Hastane sözünden tıbbi müdahale yapılabilen donanım ve organizasyona sahip sağlık kuruluşları anlaşılmaktadır. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği²³⁰ ve Hususi Hastaneler Kanununda²³¹sağlık kuruluşlarının hangi tıbbi donanıma veya personele sahip olmaları gerektiği hususlarında hükümler yer almaktadır. Hastanelerin türü ve büyüklük derecesine göre hangi boyutta sağlık hizmeti vereceği yine bu düzenlemelerde belirtilmiştir.

Hastanın tedavisi, hastanın bakımını sağlama, hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, tıbbi kayıtların düzenli ve sağlıklı bir şekilde tutulması, bu kayıtların yetkisiz kişilerin eline geçmemesi için önlem alınması, sır saklama hastane yönetiminin yükümlülükleri arasındadır. Hastane yönetimi hastanın güvenliğini temin edici tedbirleri almakla yükümlüdür. Hastane tedavi ve hasta bakımı konusunda yeterli tıbbi standartlara sahip olmalıdır. Hastanede kullanılacak tıbbi malzemelerin korunması, bakımlarının zamanında yapılması, hizmete hazır halde tutulması da hastane yönetiminin yükümlülüklerindedir. Hastane yönetimi mevcut personel durumuna göre sağlık hizmetinin aksamadan yürütülebilmesi için gereken tedbirleri almakla yükümlüdür. . Hastane yönetiminin istihdam ettiği personel ile ilgili olarak da sorumluluğu bulunmaktadır. Bakım, muhafaza, denetim gibi görevler personel tarafından yerine getirilecek ise hastane hekim de dahil bu personelin iyi bir şekilde seçilmesi, eğitilmesi ve denetlenmesi konularında hastasına karşı sorumluluğu vardır. Hastane yönetimi, hastanın en uygun uzmanlık dalında ve uzman hekim tarafından tedavi edilmesi için gerekli tedbirleri almalıdır. Yardımcı personelin seçiminde ve diğer personelin seçiminde de özen gösterilmelidir. Hastane mikrobu denilen mikrobik ortamın oluşmaması için de gereken tedbirler alınmalıdır. Tıbbi aletlerin kullanılmasına yönelik olarak da hastane yönetiminin sorumlulukları bulunmaktadır. Bu aletlerin uzman kişiler tarafından kullanılmasının sağlanması gerekir. Yine bu aletlerin fonksiyon göreceği vaziyette tutulması hastane yönetiminin organizasyon

²³⁰ RG. 13. 01. 1983- 17927

²³¹ R.G. 05.06.1933- 2419

görevlerindedir. Aksi halde hastane yönetimi sorumlu olacaktır. Hastane yönetiminin özen gösterme borcunun gereği olarak hastanede bulunması gereken asgari unsurları buldurması, tıp bilimi ve uygulamasında ortaya çıkan yeni gelişmeleri takip ederek hastaneyi buna uydurması gerekmektedir. Tıbbi teknik aletlerdeki yeni gelişmeler takip edilmeli, eskimiş aletler yenileri ile değiştirilmelidir. Hastanelerin en yeni aletler, en donanımlı cihazları buldurması zorunluluğu bulunmamaktadır. Önemli olan husus bunların güvenilir bir şekilde çalışmakta olup olmadığıdır. Ancak hastaneler en iyi teknik tıbbi standartlara sahip olmak zorundadır. Hastanenin maddi imkanları ve bunların ne ölçüde kullanılacağı da göz önünde bulundurulacaktır. Bu konuya ilişkin olarak Anayasa'nın 56. maddesinde "devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla görevli olduğu belirtilmekle beraber; bu görev mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirilir." hükmü yer almaktadır.

Güvenlik konusu da organizasyon yükümlülükleri arasındadır. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 37. maddesinde "Herkesin, sağlık kurum ve kuruluşlarında güvenlik içinde olmayı bekleme ve bunu istemek hakları vardır. Bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastaların ve ziyaretçi ve refakatçi gibi yakınlarının can ve mal güvenliklerinin korunması ve sağlanması için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar." hükmüne yer verilmiştir.

Hastane yönetiminin hastaların aydınlatılması ve rızasına ilişkin olarak gerekli kurallara uyulması konusunda hekimleri bilgilendirmesi gerekmektedir. Bunun yapılmaması organizasyon hatasıdır. Bunun dışında hastane yönetiminin, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirip getirmediğini kontrol etme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Hastane yönetiminin istihdam ettiği personel ile ilgili olarak sorumluluğu vardır. Personel seçiminde mevzuatta belirlenen kurallar uygulanmalıdır. Personelin denetlenmesi, çalışma koşulları ve saatleri hizmetin en iyi şekilde verilebileceği şekilde ayarlamalı ve personelin tıbbi yönden gelişiminin sağlanması gerekmektedir.

Tıbbi aletlerin çalışır vaziyette olması, bakımlarının yapılması ve güncel tıbbi cihazların alınması hastane yönetiminin görevleri arasında olup, bu nedenle hastaya bir zarar verilirse hekimin bu zarardan kural olarak bir sorumluluğu bulunmayacaktır.

Ancak hekim, bu aletlerin bozuk olduğunu ve hastaya zarar verebileceğini bilmesine rağmen hastane yönetimini uyarmazsa sorumluluğu doğabilecektir. Bu noktada ilgili sağlık merkezi söz konusu tıbbi aletlerin olmayışı ya da herhangi bir nedenle kullanılmadığı durumları hastaya ve ilgili denetleme merkezlerine bildirmekle yükümlüdür. Tıbbi cihazların kullanımı uzman kişilerce yapılmasının sağlanması hastane yönetiminin görevidir.

Hastanede çıkan yemeklerden hastaların zehirlenmesi, cerrahi aletlerin bozuk olması veya sterilizasyonun yapılmaması, ameliyathanenin hazır olmayışı, hastaneden çocuk kaçırılması, hastanede yangın çıkması ve tedbirin alınmamasına bağlı ölümlerin yaşanması, hastane ısıtma sisteminin bozuk olması nedeniyle hastaları durumlarının ağırlaşması, hastanede genel hijyenin sağlanamaması sonucu hastalara hastalık bulaşması, hastaneye ait ambulansı bakımının yapılmaması sonucu hasta nakli sırasında bozulması ve hastanın ölmesi gibi durumlar organizasyon eksikliğidir hastane organizasyonuna bağlı gelişen tıbbi hatalardır.

2.4.2.2.4. Üstlenme Kusuru

Hekim, hastayı tedavi etmeyi üstlenirken, tıbbi standardı sağlamak konusunda yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olup olmadığını değerlendirmelidir. Hastalığın tedavisi hekimin uzmanlık yetkisini aşıyorsa hekim, vakit kaybetmeden bir diğer hekime hastayı yönlendirmelidir. Hekim mesleki bilgi ve tecrübesini aştığı halde bir hastanın tedavisini üstlenir ve ilgili hastalığın tedavisi konusunda gerekli tıbbi standardı yerine getiremez ise kusurlu davranmış olur. Bu tür kusura da üstlenme kusuru denilmektedir. Kanun tarafından bir tıbbi müdahalenin belirli bir uzman tarafından yapılmasının zorunlu görüldüğü hallerde, uzman olmayan kişinin eylemi hukuka aykırıdır. Buna örnek olarak yetkisiz kişinin rahim tahliyesi veya kısırlaştırma işlemi yapması gösterilebilir. Hekim, kendi uzmanlık alanı dışında kalan konularda tıbbi müdahalede bulunarak uzmanlık sınırını aşmamalıdır. Örneğin, iç hastalıkları uzmanının beyin ameliyatı yapması yetki aşımıdır.

Hastaneler bakımından da üstlenme kusurundan bahsedilebilmektedir. Tedavi bakımından önemli bir tıbbi donanımın bulunmadığı hastanede çalışan bir hekimin,

hastasını bu donanımın olduğu hastaneye yönlendirmemesi, hastanenin sorumluluğuna da neden olur.

Yardımcı sağlık görevlileri bakımından da üstlenme kusurundan bahsedilebilmektedir. Yargıtay tarafından incelenen bir olayda, doğum nedeni ile epizyo dikim işinin hekim tarafından hemşireye yaptırılmış olması dolayısı ile her iki sağlık mesleği mensubunun kusurlu davranmaları nedeni ile sorumlu olabilecekleri belirtilmiştir²³².

Asistan hekimler, belirli bir dalda uzmanlık eğitimi alan ve bu süreçte sorumlu uzman hekimlerin nezaretinde hasta tedavisine de iştirak eden hekimlerdir. Uzman hekim tarafından yapılması gerekli olan tıbbi müdahaleler bağımsız olarak asistan hekim tarafından üstlenilmemelidir. Asistan hekimin uzman hekim tarafından yapılabilecek tedaviyi bağımsız olarak üstlenmesi kusur teşkil eder.

İntörn hekimler ise henüz yasal olarak hekim sıfatına sahip değildirler. Hiçbir zaman hekim tarafından yapılabilecek bir tıbbi müdahale intörn hekimlere yaptırılmamalıdır. Öğrenciler sadece uzman bir hekimin gözetimi altında onun vereceği görevleri yerine getirirler. Bir hekim tarafından yapılması gereken tıbbi müdahalelerin intörne yaptırılması, müdahaleyi üstlenen öğrenci ve uzman hekim yönünden sorumluluğa neden olur.

2.4.2.2.5. Aydınlatma Hataları

Hasta tanı, tedavi ve müdahale konusunda aydınlatılırken komplikasyonlar ve tıbbi müdahaleye ilişkin diğer hususlar konusunda da aydınlatılmalıdır. Aksi halde aydınlatma yükümlülüğüne aykırılıktan hekimin sorumluluğu doğar. Hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin olarak açıkladığı rızanın hukuken bir değer taşıyabilmesi için yeterince bilgilendirilmiş olması gerekir²³³. Bilgilendirme içerik ve usulüne göre yapılmamış ise tıbbi müdahaleye verilen rıza geçersiz olacaktır. Yapılan müdahalenin tıp biliminin amaçları doğrultusunda ve tıp biliminin gereklerine göre yapılmış olması

²³² Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 13.06.2006 tarih, 2004/7665, 2006/12374 sayılı kararı, Gökcan, H.Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s.262.

²³³ KIZILYEL, Serkan, "İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Yükümlülüğü", Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara, 1-3 Kasım 2007), Ankara, 2008, s.211.

hatta yapılan tıbbi müdahale sonucunda hastanın sağlığına kavuşmuş olması rızayı hukuken geçerli kılmayıp cezai sorumluluğu ortadan kaldırmaz.

2.4.2.2.6. Hekimin Tıbbi Hatayı Hastaya Bildirme Yükümlülüğünün İhlali

Hasta tıbbi hata konusunda aydınlatılmalıdır. Hekim, hastaya bir zarar verdiğini fark ettiğinde veya bir zarar vermiş olabileceğini düşünüyorsa bu durumu hastaya bildirmelidir. Tıbbi hatanın hastaya zamanında bildirilmesi ek tedavi yöntemlerinin uygulanması açısından çok önemlidir. Bu şekilde davranmayıp hastaya tıbbi hatayı bildirmeyen hekim, ağır tıbbi hata yapmış sayılır²³⁴.

2.4.3. Neticenin İradi Olmaması

Netice, özensiz veya dikkatsizce gerçekleşen ihmalî ya da icrai davranışın dış dünyada meydana getirdiği sonuçtur. Taksirli bir suçun varlığı için neticenin meydana gelmesi zorunludur. Zira taksirli suçlarda teşebbüs kabul edilemez. Bu bakımdan taksirle tehlikeli bir davranışta bulunmasına karşın, zararlı netice meydana gelmemiş ise, taksirli suç oluşmaz.

Neticenin iradi olmaması, failin bilerek ve isteyerek yaptığı hareketten doğan neticeyi istememiş olmasıdır. Fail neticeyi istemiş olsaydı bu durumda kast söz konusu olurdu. Kasttan söz edebilmek için, neticenin iradi olması ve neticenin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi gereklidir. Taksir sorumluluğunda ise öngörülemez veya öngörüldüğü halde istenmeyen neticenin gerçekleşmesi gerekir²³⁵. Neticenin öngörüldüğü durumlarda neticenin meydana gelmesi halinde kişi bilinçli taksirden sorumlu tutulacaktır. Örneğin, mesleki cesaret göstererek yeni bir tedavi yöntemini uygulayan hekim, meydana gelen zararlı neticeden bilinçli taksiri ile sorumlu tutulacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında:

“... netice öngörülebilir olmakla birlikte istenmemiş olması halinde taksir söz konusu olacağını,... netice öngörülebilir değil ise, bu gibi neticeleri doğurabilecek

²³⁴ HAKERİ, s.587.

²³⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.411.

hareketlerde bulunmaktan çekinmesi kimseden doğal olarak istenemeyeceği için, ortada kusurluluk kalmaz ve artık bir kaza veya tesadüfün bulunduğunu, kişini de kaza veya tesadüften sorumlu olmayacağını..” belirtmiştir²³⁶.

2.4.4. Neticenin Öngörülebilir Olması

Taksirin diğer bir unsuru neticenin öngörülebilir olmasıdır. Neticenin öngörülebilir olması taksiri kaza ve tesadüften ayırır²³⁷. Neticenin öngörülebilmesi failden normal şartlarda beklenilebilecek olan özelliktir. Ancak öngörülebilir nitelikteki netice failin dikkat ve özen yükümüne aykırı davranması sonucunda öngörülemediyse taksir söz konusudur. Öngörülmesi olanaklı bulunmayan bir neticeden dolayı ceza sorumluluğu kabul edilemez. Bu bakımdan, taksirin kaza ve tesadüf sayılan olaylardan ayrılabilmesi de neticenin öngörülebilir olması halinde mümkün olur.

Neticenin öngörülebilir olması somut olaydaki öngörmüş olmayı değil, failin veya benzer şartlardaki kişilerin öngörebilme yeteneğinin olup olmayacağını ifade etmektedir. Netice öngörülebilir olmasına karşın, fail somut olayda dikkatsiz veya özensiz davranışı nedeniyle neticeyi öngörmeden hareket etmişse taksir mevcuttur. Taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır.

Bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır.

Yukarıda da açıkladığımız üzere hekimin taksirinden sorumlu tutulabilmesi için neticenin öngörülebilir olması gereklidir. Hiç kimse tarafından öngörülemez neticeden hekim sorumlu tutulamaz. Yargıtay bir kararında, genel anestezinin mutad komplikasyonu nedeniyle meydana gelen zararın tümünden hekimin sorumlu tutulamayacağını açıkça belirtmiştir. Öngörülebilme kavramı hekimin sorumluluğu konusunda önem arz etmektedir. Bu konuda doktrinde farklı görüşler yer almakta ise

²³⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.10.2004 Tarih, 2004/1-163, 2004/194 sayılı kararı.

²³⁷ İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul, s.147

de çoğunluk görüşü subjektif ölçütün kullanılması gerektiğini ileri sürmektedir. Subjektif ölçütte, failin somut olaydaki sosyal, psikolojik ve fizyolojik durumuna bakılması gerekir. Ceza hukukunda taksirli fiillerde öngörülebilirlik olanağının tespitinde, Yargıtay tarafından da subjektif ölçü kullanılmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında; "... öngörebilme olanağının belirlenmesinde nasıl bir ölçüt kullanılacağı hususu uygulama ve öğretide de tartışılmış, failin kişisel niteliklerini göz önünde bulunduran subjektif görüş eğilim kazanmıştır. Bu görüşe göre, failin görgüsü, sosyal seviyesi, yaşam tecrübesi, bedeni ve akli hali, zeka düzeyi gibi hususlar öngörme olanağının belirlenmesinde nazara alınacaktır..." şeklinde belirtilmiştir. Karardan da görüleceği üzere taksirli eylemlerde hekimin kusurlu olması demek hekimin subjektif olarak diğer bir ifade ile kendi kişisel yetenekleri ve bireysel bilgisine göre, gerekli özeni gösterebilecek durumda olmasına rağmen bu özeni göstermemesi demektir. Taksirin var olup olmadığına karar verirken meydana gelen neticenin öngörülebilirliği hekimin niteliğine, bilgisine ve içinde bulunduğu fiziki koşullara, hekimin deneyimine, eğitiminin derecesine, sosyal konumunun varlığına ve özel yeteneklerinin varlığına bakılarak belirlenecektir. Örneğin, küçük bir ilçe sağlık ocağında görev yapan pratisyen hekimin neticeyi öngörebilmesi ile büyükşehirde modern bir hastanede görev yapan hekimin ya da öğretim üyesinin neticeyi öngörebilmesi arasında fark olacağı aşikârdır. Yine subjektif değerlendirmeye diğer bir örnek, asistan hekimin yaptığı kusurlu davranışın değerlendirmesini uzman hekim temel alınarak yapılmaması içinde geçerlidir. Çünkü uzmandan beklenen özen ve dikkat derecesi asistan ya da pratisyen hekimden beklenemeyecektir. Her iki hekim ancak kendisinden beklenilebilen özen ve öngörülebilir netice kadar sorumludur.

2.4.5. Hareketle Netice Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

Taksirli suçlarda da hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması aranır. Taksirli suçlar bakımından nedensellik bağı bazı özellikler taşır. Taksirin unsuru olan öngörebilme araştırması ile nedensellik bağının tespiti aynı zamanda yapılacaktır. Karşılıklı kusur durumunda neticeye kimin hareketinin neden olduğunun tespiti

önemlidir²³⁸. Bazı hallerde failin taksirli hareketi ile üçüncü kişinin veya mağdurun hareketinin birleşmesi neticeyi meydana getirebilir. Bu durumda nedensellik bağının kesilip kesilmediğinin belirlenmesi gerekecektir²³⁹.

Hekimin, taksirli yaralamadan sorumlu tutulabilmesi için sadece özen yükümlülüğünü ihlal etmesi yeterli olmayıp, hekimin iradi hareketi ile öngörülebilir netice arasında nedensellik bağının bulunması gereklidir. Hekimin, taksirli yaralamadan sorumlu tutulabilmesi için sadece özen yükümlülüğünü ihlal etmesi yeterli olmayıp, hekimin iradi hareketi ile öngörülebilir netice arasında nedensellik bağının bulunması gereklidir. Örneğin, hekimin hastaya hemen müdahale ederek kan kaybını önleme imkanı varken, bunu yapmamış olması nedeni ile hastanın bu nedenle hayatını kaybetmesi arasında uygun illiyet bağı olduğu söylenebilir.

Yargıtay bir kararında:

“davalı hekimin eylemi ile doğan zararlı sonuç arasında bilimsel bir nedensellik bağının bulunup bulunmadığının...” demiş olmakla, hekimin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için, hekimin eylemi ile meydana gelen netice arasında illiyet bağının olması gerektiğini belirtmiştir²⁴⁰.

Failin taksirli davranışına üçüncü bir şahsın kusurlu veya kusursuz bir davranışı da eklenmiş olabilir. Üçüncü şahsın davranışı kusursuz ise, failin davranışı ile sonuç arasındaki nedensellik bağı kesilmediğinden fail bu davranışından sorumlu olmaya devam eder. Bununla birlikte, üçüncü şahsın davranışı da kusurlu ise, o takdirde taksirli suçlara iştirak mümkün olmadığından dolayı herkes kendi davranışından dolayı sorumlu olacaktır.

²³⁸ ALACAKAPTAN, s.147.

²³⁹ YENERER ÇAKMUT; ÇAKMUT, ALP, “Taksir Kavramı”, İstanbul Barosu Dergisi, C.76, 2002, s.433.

²⁴⁰ Yargıtay 13 Hukuk Dairesi, 09.05.200 tarih, 1146/4438 sayılı kararı (Özalp, Tuba-Faruk, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s.60.)

2.4.5.1. Üçüncü Şahsın Hareketi.

Hekimin hareketi ile zararlı netice arasında başkasının da hareketi varsa, hangi hareket ile netice arasında illiyet bağının bulunduğu belirlenmelidir. Burada üçüncü şahsın kusurlu ya da kusurlu olmayan hareketlerini ayırmak gerekir.

2.4.5.1.1. Üçüncü Şahsın Kusurlu Hareketi

Üçüncü kişinin kusurlu hareketi zararlı neticeye neden olabilir. Netice hekimin hareketinin doğrudan sonucu olmayıp, hekimin kusurlu hareketi ile sonradan gelişen diğer kusurlu hareketlerin birleşmesinden meydana gelmiş olabilir. Bu gibi durumlarda meydana gelen zarardan herkes ayrı ayrı kendi kusurları oranında sorumlu olacaktır. Örneğin cerrahi müdahalede bulunan hekim, bu işlemde yardımcısı olan kimselerin kusurlu davranmamaları için gerekli önlemleri almış olmalıdır. Yardımcısının kusuruna özensizliği ile yol açan hekim ile yardımcı neticeden birlikte sorumlu olacaklardır. Ancak hekimin bütün dikkat, denetim ve özenine rağmen yardımcısının kusuru ile zarar meydana gelmiş ise bundan hekim sorumlu olmayıp, sadece yardımcı personel taksirle sorumlu olacaktır.

Yargıtay Ceza genel Kurulu bir kararında: “sanığın mağduru bıçaklaması şeklindeki eylemi ile mağdurun bacağına kesilmesi arasındaki illiyet bağı, bıçaklamadan sonraki getirildiği hastanedeki yanlış tedavisi nedeni ile kesilmiştir. Mağduru bıçakla yaralayan sanık sadece bıçakla yaralamadan sorumlu tutulmuş, mağdurun bacağına kesilmesinden sorumlu tutulmamıştır”²⁴¹. Bu olayda mağdurun bacağına kesilmesinin nedeni sanığın bıçakla yaralama eyleminden doğmayıp, hastanedeki muayene ve tedavisini uygun bir şekilde yapılmamasından doğmaktadır. Sanığın eylemi ile mağdurun bacağına kesilmesi arasında illiyet bağı hekim olan üçüncü şahsın taksirli eylemi ile kesilmiştir. Bu durumda hekim taksirli yaralamadan sorumlu olacaktır.

Anestezi uzmanı, kimyager, mikrobiyoloji uzmanı, patalog gibi teknik konulardaki yardımcı uzmanlar kendi işlerinden sorumludurlar. Onların yaptıkları işi hekimin kontrol etme yükümlülüğü yoktur. Ancak anestezi uzmanının, kullandığı yardımcı

²⁴¹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 18.12.1997 tarih, 1997/10728, 1997/11390 sayılı kararı (Özalp, Tuba-Faruk, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s.62.)

kişiler varsa, o yardımcı kişinin eylemlerini anestezi uzmanının kontrol etme yükümlülüğü vardır. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 116. maddesinde buna ilişkin düzenleme mevcuttur. Anestezi Teknisyenlerinin Görev ve Yetkileri ise Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 137. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Teknisyenin kusurlu davranışlarından ilk olarak uzman anestezist, yoksa da ameliyatı yapan uzman hekim sorumlu tutulabilecektir. Diğer hastane sağlık personellerinin görev ve sorumlulukları aynı yönetmeliğin 109-146 maddelerinde düzenlenmiştir.

2.4.5.1.2. Üçüncü Şahsın Kusurlu Olmayan Hareketi

Taksirli hareketine eklenen üçüncü şahsın hareketi kusursuz ise nedensellik bağı kesilmediğinden neticeden, taksirli hareketin faili olan hekim sorumlu olacaktır.

2.4.5.1.3. Mağdurun hareketi

Taksirli hareketine eklenen üçüncü şahsın hareketi kusursuz ise nedensellik bağı kesilmediğinden neticeden, taksirli hareketin faili olan hekim sorumlu olacaktır. Hekimin kusuruna eklenen mağdurun davranışı normal ve kusurlu olmayan bir davranış ise burada ayırım yapmak gerekecektir. Eğer mağdurun normal olmayan hareketine rağmen fail neticeyi öngörebiliyorsa, illiyet bağının varlığı kabul edilip fail taksirli hareketinden sorumlu olacaktır. Ancak mağdurun normal olmayan hareketi, failin neticeyi öngörmesini engelliyorsa failin sorumluluğu doğmayacaktır. Hekimin kusuruna eklenen mağdurun kusurlu hareketi illiyet bağını kesecek derecede değil ise, hekim taksirli hareketinden sorumlu olacak, mağdurun sorumluluğu doğmayacak ancak mağdurun kusur oranı indirim nedeni kabul edilecektir.

Zarar gören hastanın ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru, mücbir sebeplerden biri varsa bu durumda illiyet bağı kesildiğinden hekimin zararlı netice sebebi ile sorumluluğu doğmayacaktır.

2.4.6. Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi

Taksirin varlığı için aranan diğer bir unsur dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket nedeni ile neticenin meydana gelmesidir. Hukuk kuralları, genel yaşam tecrübeleri ve mesleki deneyim gereği olarak kişinin, belli kurallara uygun olarak hareket etme, özen gösterme ve dikkat etme görevi vardır. Bu görevi yerine getirmeyerek zararlı bir netice doğmasına neden olan kişinin sorumluluğu doğacaktır. Ancak bu sorumluluğun doğabilmesi için dikkat ve özen yükümlülüğüne, davranış kurallarına uymanın olanaklı olması gereklidir²⁴².

5237 sayılı Ceza Kanununda taksir “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir” şeklinde tanımlanmış olup, ayrıca kanunda taksirin gerçekleşme şekilleri düzenlenmemiştir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin kurallar ceza kanununda yer aldığı gibi diğer kanunlarda da düzenlenmiş olabilir. Özel şahısların koydukları kurallarla da kişiye dikkat ve özen gösterme vazifesi yüklenebilir. Ancak bu hukuki normların öngördüğü yükümlülüklerin basit bir tavsiyeden ibaret olmaması gerekir²⁴³. Hukuki normların yanı sıra, toplumun ortak tecrübeye dayanarak her kişi veya meslek dalındaki uzmana yüklediği vazifeleri vardır. Burada dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağını ortak tecrübe neticesinde oluşan kurallar teşkil eder. Ortak tecrübe kuralları yazılı olmayan davranış kurallarıdır. Ortak tecrübenin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık halinde de taksirden bahsedilecektir²⁴⁴.

Tıbbi uygulamalardaki kusur çeşitleri dikkatsizlik, tedbirsizlik, özensizlik, meslek ve sanatta acemilik, emir ve talimatlara uymamaktır. Dikkat yükümlülüğüne aykırılık olan dikkatsizlik, ortak yaşam tecrübelerinin bireylere getirdiği sorumluluklar veya belirli faaliyetlerin bünyesinden doğan zorunluluklardan kaynaklanan yükümlü olma görevine aykırı davranmak olarak tanımlanabilir²⁴⁵. Örneğin hekim çocuğu sünnet ederken sünnet derisi ile beraber erkeklik organını keserse dikkatsizlik nedeni ile taksirle yaralamadan sorumlu olacaktır. Örneğin, bir hekimin ameliyat sırasında

²⁴² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.408-409.

²⁴³ İÇEL, s.142.

²⁴⁴ İÇEL, s.142.

²⁴⁵ İÇEL, s.199.

gerekli olmadığı halde fazla dikiş atması, hekimin cerrahi müdahaleyi ne şekilde yapacağını bildiği halde tıp biliminin gereklerine uygun yapmaması, gebelikte kullanılmaması gerektiğini bildiği ilacın gebeye reçete edilmesi dikkatsizliktir. Hekimin dikkatsizliği, tıp biliminin ilke ve kuralları ile uyuşmayan hareketlerle düşünce ve dikkat sınırlarının aşılması durumudur²⁴⁶. Hekimin hastaya ağır dozda ilaçlar yazması hekimin dikkatsizliğine teşkil eder.

Birçok durumda dikkatsizlik ve tedbirsizlik birbirinin içine geçmiş şekilde bulunabilir²⁴⁷. Tedbirsizlik önlenebilir bir tehlikeyi önlemede yetersiz kalmak, geç kalmak, unutmak olarak tanımlanır. Kanda hastalık araştırması yapmadan hastaya kan verilmesi, ilgili ameliyat için yapılması gerekli olan ön araştırma yapılmadan müdahalede bulunulması, tehlikeli ilaçların ortaya bırakılması, hastalığın teşhis ve tedavisi için zorunlu olan davranışın yapılmaması, ameliyatta vücutta cisim unutulması, sterilizasyon kurallarına uyulmaması, hastanın yeteri kadar gözetim altında tutulmaması, ilacın kullanım etkilerini ve olabilecek tehlikelerinin hastaya bildirilmemesi tedbirsiz davranışlardır. Tedbirli davranma yükümlülüğü, belirli tıbbi normlara aykırılık oluşturursa bu durumda taksir, mesleğin nizam, emir ve talimatlarına uymama şeklinde gerçekleşir. Kişileri belirli bir biçimde harekete zorlayan hukuk kurallarına failin uygun hareket etmemesi emir ve talimatlara uymamaktır. Bu taksir şekli yetkili merciler tarafından konulmuş kurallara aykırılıktır. Hekimin bu taksir şekline birçok sağlık kanun ve yönetmeliğinde rastlanmaktadır. Örneğin Hususi Hastaneler Kanunu'nun 29. madde hükmünde karın, göğüs ve beyin ameliyelerinden önce laboratuvar muayenelerinin yapılmasının gerekli olduğu belirtildiği halde, bu incelemeleri yapmadan ameliyat yapan hekim tedbirsizlik nedeni ile değil, nizam, emir ve talimata uymadığı için taksirli davranmış olacaktır. Sağlık mesleği mensubu, tıbbi uygulama sırasında herhangi bir hataya meydan vermemek için dikkatle hareket etmekle yükümlüdür. Örneğin hemşirenin iğneyi steril olarak kullanamaması, hekimin reçete yazarken ilacın dozunu iyi ayarlayamaması, eczacının reçetede yazılı ilaç yerine başka bir ilaç vermesi durumlarında dikkatsizlik nedeni ile taksir söz konusudur. Bunun dışında hekimin, yokluğunda tıbbi hizmeti yürütebilecek

²⁴⁶ ÖZEK, Çetin, "Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumlulukla İlgili Temel Prensipler", İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, C.29, S.1, İstanbul, s.168.

²⁴⁷ GÖKCAN, s.563.

kişiyi bulmadan görev yerini terk etmesi de dikkatsiz ve özensiz davranış olup, hekimin sorumluluğunu doğuracaktır.

Tıbbi hizmetlerin aralıksız sürdürülmesi gerektiği birimlerdeki sağlık mesleği mensuplarının özenli davranış yükümlülükleri daha da ağırdır. Örneğin ilçe hastanesinin acil polikliniğinde nöbetçi olan hekim, o sırada hasta bulunmamasından yararlanarak özel bir işi için hastaneden uzaklaşır. Bu sırada hastaneye acil olarak getirilen hastaya müdahale edilemediği için hasta kaybedilir. Bu durumda hareketinin sonuçlarını öngörmesi gereken hekim, meydana gelen ölüm neticesinden taksirle sorumlu tutulmalıdır. Estetik cerrahi operasyon, işin niteliği gereği diğer operasyonlardan daha fazla dikkat ve özen göstermek gerektiğinden, bu tür müdahalelerde hekimin sorumluluğu daha fazladır. Bu konuda gerekli dikkat ve özeni göstermeyip, kişinin vücut bütünlüğünü bozan hekimin kusurlu eyleminden dolayı taksirle yaralamadan sorumluluğu doğacaktır.

Özensizlik, belirli bir konuda uyulması gereken kuralların gereğini yerine getirme konusunda isteksiz, itinasız davranmaktır. Özen yükümlülüğüne aykırılık, zararlı neticenin doğmaması için gereken önlemi almamak, bir sonucu önceden görmeye çalışmamak, bir işin gereği gibi yapılmasını umursamamak gibi nedenlere dayanabilir. Tıbbi müdahalelerde çok sayıda özen yükümlülüğüne aykırılık ve ihmal örneklerine rastlanmaktadır. Örneğin kanamalı hipovolemik şoka eğilimli hastayı bekletmek, yakın izlem gerektiren hastayı gerekli zaman aralıklarında görmemek, eksik araştırma sonucu tanı hatasına neden olmak gibi.

Meslek ve sanatında acemilik de özensiz davranışın diğer bir nedenidir. Acemilik, bir yönü ile bilgi eksikliğini, diğer bir yönü ile beceri eksikliğini ifade etmektedir. Meslek ve sanatta acemilik, belirli bir mesleği icra edenlerin mesleği ile ilgili sahip olması gereken bilgilerden yoksun olmasıdır. Taksirin bu şeklinin oluşabilmesi için öncelikle meslek ve sanatın yetkili olarak icra edilmesi gerekir. Aksi halde, failin taksiri acemiliğe değil, diğer taksir şekillerinden birine aykırılığa dayanır. Meslek ve sanatını yerine getirirken, bilgi ve becerisi bakımından yetersiz kalacağı konularda, gerekiyor ise yardım alması, gerektiğinde de bu işi yeterli olan başka bir kişiye bırakması, yönlendirmesi gerekir. Hekimin, bilgi veya beceri yönünden yetersiz olduğu halde işi yapmaya kalkışması ve zararlı bir neticeye yol açması durumunda, kusurlu davrandığı

kabul edilir. Bu durumda da hekimin üstlenme kusuru söz konusu olur. Mesleki cüret de acemilik kavramına dâhildir. Örneğin, sadece becerisini göstermek için daha önce denenmemiş yeni bir cerrahi yönetime başvuran hekimin durumu böyledir. Tıbbi müdahaleler açısından her hata acemilik sayılır mı? Mesleğin ifası için vazgeçilmez bütün bilgileri haiz olup, mesleğin normal sınırları içerisinde hareket eden hekimin yaptığı bazı hatalar acemilik olarak görülmeyebilir. Hekimin acemiliği her somut olay açısından hekimin özelliğine ve içinde bulunduğu şartlara göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Kanun bir mesleği icra edenlerin asgari bazı bilgi ve yeteneklere sahip olmalarını istemiş ancak bunların hepsinin aynı kültür, yaklaşım, yeteneğe sahip olmasını aramamıştır²⁴⁸. Aynı hastalığa tıp biliminin makul göreceği farklı tedavi öneren hekimin kusurlu olduğu söylenemez. Acemilik, mesleğin ifası için gereken temel ve zorunlu asgari bilgi düzeyi ve yeteneğe sahip olunmamasıdır²⁴⁹. Uzman olmayan hekimin uzmanlık gerektiren bir hastalıkta tıbbi müdahalede bulunması ve henüz sağlık bakanlığınca onaylanmamış bir ilacın hastaya verilmesi, dâhiliye hekiminin apendektomi ameliyatını yapması, hekimin uzmanlık alanındaki yeni ilaç ve tedavi yöntemlerinden habersiz olması acemilik sayılır.

Ceza hukukunda taksirin temeli, gerekli özenin gösterilmemesidir. Taksirli eylemlerde hekimin kusurunun bulunmaması, hekimin sübjektif olarak yani kendi kişisel yetenekleri ve bireysel bilgisine göre, gerekli özeni gösterebilecek durumda olmasına rağmen, bunu göstermemesi demektir. Hekimin kusuru noktasında kullanılan kriter sübjektifliktir. Örneğin; çalıştığı kliniğe yeni başlayan bir hekimin özen yükümlülüğünün belirlenmesi uzman bir hekime göre değil, kendisiyle aynı koşullarda çalışan aynı durumdaki bir hekime göre yapılacaktır²⁵⁰. Hekimin sübjektif olarak özen yükümlülüğünü yerine getirebilecek durumda olamadığı hallerde kusurundan bahsedilemez. Örneğin; gece nöbetinde kendisinin takip etmediği kanama nedeniyle doğumhaneye başvuran gebeyi sezaryene almak durumunda kalan bir hekim ameliyat sırasında herhangi bir tıbbi hata yapmadığı sürece meydana gelen neticeden sorumlu tutulamaz. Çünkü hekim, gebeyi gebelik boyunca takip etmemiştir. Gebelik takibinde yaşanan gelişmeler hakkında bilgi sahibi olmadan hastayı üstlenmek durumunda

²⁴⁸ GÖKCAN, s.562.

²⁴⁹ ÖZEK, s.170.

²⁵⁰ HAKERİ, s.676.

kalmıştır. Hekim burada sübjektif olarak özen yükümlülüğünü yerine getirebilecek durumda değildir.

Hekimden özenin beklenemeyeceği durumlar vardır. Örneğin; nöbet öncesi ve sonrası izin kullanmayan bir hekimin aşırı fiziki yüklenme nedeniyle yaptığı hatalar nedeniyle sorumlu tutulmasına olanak yoktur. Hekimden özenini beklenemeyeceği diğer bir durum ise acil durumlardır. Acil durumda hastaya yapılacak tıbbi müdahalede dakikaların önemi vardır. Acil durum hastane dışında gerçekleşmişse zaman sıkıntısına yetersiz tıbbi teknik de etkilenmektedir. Bu durum hekimin sorumluluğunu sınırlamaktadır. Hekim böyle bir durumda beklenen özeni gösteremez. Ancak, acil servis koşullarında hekimden özen beklemek somut olayın getirdiği olanaklar ölçüsünde yanlış olmaz. Yargıtay, konuyla ilgili bir kararında ameliyatın pazar günü yapılması ve eldeki mevcut olanaklar ve araçlarla yetinilmesinin fen kurallarını uygulayan hekimin mazereti olamayacağını belirtmiştir²⁵¹.

Yargıtay, hekimin göstermesi gereken özeni, “mesleki şartları yerine getirmek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak”, “fen kuralları”, “tıp biliminin teknik kuralları”, “mesleki özen ve ihtimam”, “mutat dikkat ve özen” ve “titiz bir ihtimam ve dikkat” şeklinde algılamaktadır.

Hekim, tıbbi müdahale nedeniyle ancak kusuru nedeniyle sorumlu tutulabilir. Hekim, komplikasyonlar²⁵² nedeniyle sorumlu tutulamayacaktır. Ancak, komplikasyon zamanında fark edilmezse, fark edilmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa, fark edilip, önlem alınmasına rağmen bu önlemler yerleşmiş standart tıbbi girişim olarak değerlendirilmezse burada tıbbi uygulama hatası vardır. Bu durumda da hekimin sorumluluğu doğar. Tıp biliminin gereklerine göre yapılan tıbbi müdahalede sonucun olumsuz olması hekimin sorumluluğunu gerektirmeyecektir. Tıbbi müdahale nedeniyle hekimi sorumlu tutabilmek için, hekimin kişisel yetenek ve bilgi sahibi olmasına rağmen müdahale sırasında gerekli özeni göstermemesi gerekir. Yine hekim, yaptığı müdahale sonucu meydana gelen neticeyi, sübjektif olarak, meydana gelmeden

²⁵¹ Yargıtay 4.Hukuk Dairesi., E. 1976/4260, K. 1976/1393 sayılı kararı (Aşçıoğlu, s. 85.)

²⁵² Her tıp uygulamasının kabul edilebilir sapmaları ve riskleri vardır. Bunlara komplikasyon denir ve kusur sayılmazlar.

önce görememesi halinde de kusurlu sayılacaktır. Tıbbi hatanın kabul edilmemesi için, hekimden gereken özenin ölçütü ise tıbbi standarttır²⁵³.

3. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Taksirle yaralamada korunan hukuki menfaat, insan vücudunun bütünlüğü, dokunulmazlığı, insanın fiziksel ve ruhsal rahatlığıdır. Hükümle insanın, beden, akıl, ruh sağlığı koruma altına alınmak istenilmiştir. Vücut dokunulmazlığı hakkı, Anayasada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde güvence altına alınmıştır. Türk Ceza Kanununda vücut dokunulmazlığının taksirli eylemlere karşı da korunması sağlanarak, üst normlardaki güvencenin gereği yerine getirilmektedir. Yaralama bir zarar suçudur. Tipik hareketin meydana gelmesi ile suç tamamlanmış olur.

4. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

4.1. Suçun Faili

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 89. maddesinde “ Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi” denilmiştir. Burada suçun faili olmak yönünden herhangi bir özellik aranmamıştır. Dolayısı ile suç herhangi bir kişi tarafından işlenebilir. Burada failin belirli bir kişi olması gerekmediğinden, özgü suç değildir. Taksirle yaralama suçunun tıbbi hata nedeniyle gerçekleştiği durumlarda genellikle hekim suçun faili olmaktadır. Hekimin gereken dikkat ve özeni göstermemesi durumunda, taksirle yaralama suçundan sorumlu tutulması mümkündür. Tıbbi müdahaleden kaynaklanan taksirle yaralama suçunun faili, tıbbi müdahale yapmaya yetkili diğer sağlık görevlileri de olabilir. Diğer sağlık görevlilerinin de gereken dikkat ve özeni göstermemeleri durumunda, taksirle yaralama suçundan sorumlulukları doğabilir.

4.2. Suçun Mağduru

Taksirle yaralama suçunda mağdur herkes olabilir. Mağdurun yaşı, sıfatı, mesleği, ırkı, cinsiyeti fark etmez. Sağ olarak doğduğundan itibaren her insan, ölüm anına kadar

²⁵³ ÜNVER, s.80.

suçun mağduru olabilir. Tıbbi müdahalelerden kaynaklanan yaralama suçunun mağduru ise hastadır²⁵⁴. Suçun oluşması bakımından önemli olan husus, fiilin işlendiği anda mağdurun sağ olmasıdır. Ceza kanununda taksirle yaralama suçu başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle bir kimsenin kendi bedenine yönelik olarak bu suçu işlemesi mümkün değildir. Diğer bir ifade ile suçun başkasına karşı işlenmesi zorunlu olduğundan, taksiri nedeni ile yaralanan fail mağdur olarak kabul edilemez.

4.3. Suçun Konusu

Taksirle yaralama suçunda suçun konusu yaşayan insandır. Bu nedenle, ancak yaşayan bir insan bu suçun konusunu oluşturabilir. Ana rahmindeki cenin²⁵⁵ bu suçun konusunu oluşturamaz. Ancak bu husus ana rahmindeki cenine yönelik eylemlerin hiçbir şekilde suç teşkil etmeyeceği anlamı taşımamaktadır. Çocuk ana karnından doğmadan anneye karşı bir eylemde bulunulup, bu suçun işlenmesi durumunda suçun mağduru anne olacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 99. ve 100. maddelerinde cenine yönelik eylemler yaptırım altına alınmıştır. Bu eylemler cenine yönelik kasten yapılan eylemlerdir. Türk Ceza Kanunu cenine yönelik taksirli eylemleri yaptırım altına almamıştır. Dolayısı ile cenine yönelik taksirli eylemlerde hekimin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Doğumdan önce cenine yönelik olarak işlenen fiillerin zararlı sonuçları doğumdan sonra ortaya çıkması durumunda ise failin taksirle yaralama suçu nedeni ile sorumlu tutulup tutulamayacağı hususu tartışılmaktadır. Hakim olan ve bizim de katıldığımız görüşe bu durumda yaralama suçu söz konusu olmayacaktır. Çünkü yaralama suçunun maddi konusu bir insandır. Hareketin de bir insana yönelmesi gerekir. Ancak cenin insan niteliğini kazanmadığından yaralama suçu söz konusu olmayacak olup, bu sebeple cenin üzerinde meydana gelen zarar halinde Türk Ceza Kanunu'nun 89/2-f ve 89/3-e maddeleri uygulanmayacaktır. Hekimin kusurlu hareketi, ceninin ölümüne

²⁵⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4/b. maddesinde hasta kavramı "Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse" olarak ifade edilmiştir.

²⁵⁵ Hukuk literatüründe cenin, "ana rahmine düşmüş, ancak henüz sağ olarak tamamıyla doğmamış çocuk" şeklinde tanımlanmaktadır. Bununla birlikte tıp alanında yumurta ve spermin dölleniş anından başlayarak gebeliğin ilk ekiz haftası boyunca bir "embriyo"dan, bundan sonra doğuma kadar geçecek sürede ise "fetüs" ya da "dölüt"ten söz edilmektedir.

sebeup olması, aynı zamanda anneye yönelik yaralama suçunu oluşturur mu? Anneye yönelik yaralama eylemi neticesinde çocuk vaktinden önce sağ doğarsa, failin kastına göre Türk Ceza Kanunu'nun 87/1-e veya 89/2-f maddelerine göre cezalandırılır. Eğer, anneye yönelik yaralama eylemi neticesinde çocuk ölü doğarsa, failin kastına göre Türk Ceza Kanunu'nun 87/2-e veya 89/3-e maddelerine göre cezalandırılır.

4.4. Yaralama Kavramı ve Yaralama Suçunun Temel Şekli

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, Türk Ceza Kanunu'nun 89/1. maddesinde başkasının vücuduna acı verme veya sağlığını ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma şeklinde seçimlik olarak gösterilmiştir. Serbest hareketli bir suç olması nedeniyle söz konusu suçlar her türlü hareketle işlenebilir. Önemli olan yapılan hareketin “bir insanın yaralanmasına neden olabilecek” nitelikte bulunmasıdır. Bu yönüyle bu suçlar serbest hareketli bir suçtur. Herhangi bir hareketle işlenebilir. Hekimin ve diğer sağlık personellerinin yaptığı tıbbi müdahalelerin çoğu yaralama niteliğindedir ve Türk Ceza Kanunu'ndaki yaralama suç tipini oluşturmaktadır. Öğreti de de yaralama, başkasının vücut bütünlüğünü bozma şeklinde tanımlanmaktadır. Kişinin vücut bütünlüğünün yanı sıra manevi bütünlüğü de yaralama kapsamına girmektedir. Hastanın manevi bütünlüğünden kastedilen, kişinin maddi beden bütünlüğünü doğrudan etkilemeyen, hastaların psikolojik durumlarını düzeltmeye yönelik olan, daha çok hekim ve hastanın karşılıklı görüşmeleri şeklinde ortaya çıkan durumlardır²⁵⁶. Bu tür faaliyetlerde genellikle hastada bedensel maddi bir zarar oluşmaz²⁵⁷. Burada hastanın psikolojik, ruhsal durumunun bozulması söz konusudur. Hastanın ruhsal durumunun bozulması yaralama kavramı içinde değerlendirilir. Türk Ceza Kanununda “sağlığını bozma”, “algılama yeteneğinin bozulması” yaralama kapsamında değerlendirilmiştir. Dolayısı ile hekim bu durumda yaralama suçundan sorumlu olacaktır.

²⁵⁶ HAKERİ, s.670.

²⁵⁷ AYAN, s.35.

4.4.1. Fiil

Taksirle yaralama suçu, davranış kurallarına aykırı davranılması sonucunda başkasının yaralanmasına neden olmak sureti ile işlenmektedir. Gerek hayat tecrübeleri, gerekse belirli faaliyetlerin veya mesleklerin icrası dolayısı ile zarar ve tehlikeye neden olunmaması amacı ile uyulması gerektiği kabul edilen davranış kurallarına aykırılık, başkasının yaralanması ile neticeleniyor ise, bu durumda taksirle yaralama suçu meydana gelmektedir. Fail yani hekim ya da diğer sağlık personelleri başkalarına zarar vermemek için hukuk düzenince kendilerine yüklenen özenli ve dikkatli davranışı gösteremediği için sorumlu tutulmaktadır²⁵⁸. Görüleceği üzere; taksirle yaralama suçunun hareket ögesini, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık oluşturmaktadır. Suç icrai ya da ihmali davranışlarla işlenebilir. Hareketin şekli önemli değildir. Ancak hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması gereklidir. Dikkatsiz ve özensiz hareketin hangi davranışlarla işlenebileceği açıklanmamıştır. Bu nedenle somut olayda bu nitelikteki her türlü davranışlar suç oluşturacaktır. Yanlış ilacın verilmesi, anestezinin hatalı uygulanması gibi hareketler icrai hareketlerdir. Hastayı zamanında hastaneye sevk etmemek, iltihabın geç farkedilmesi, risk bulunmasına rağmen hekimin çağrılmaması gibi hareketler de ihmali davranışlara örnek verilebilir.

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısı ile başkasının yaralanacağını öngörmeyerek davranışını gerçekleştiren fail, basit taksir nedeni ile sorumlu tutulur. Failin, istemediği fakat öngördüğü neticeye yönelik olarak gerçekleştirdiği hareketin sonucundan dolayı sorumluluğu ise bilinçli taksire dayanmaktadır.

Taksirli fiil, failin özgür iradesinin ürünü olmalıdır. Fail, kendi kişisel yetenekleri, idrak gücü, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar itibarı ile objektif olarak mevcut bulunan özen yükümlülüğünü öngörebilecek durumda olmalıdır.

4.4.2. Netice

Suçun neticesi, taksirle davranışa bağlı olarak başkasının vücuduna acı verilmesi, sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olunmasıdır. Sağlığın bozulması, bir kimsenin mevcut durumuna göre var olan sağlığının daha kötüye

²⁵⁸ GÖKCAN, s.639.

gitmesine neden olunmasıdır. Hasta olmayan kişinin sağlığının bozulmasına yol açılabileceği gibi, hasta olan bir kimsenin sağlığının ileri derecede bozulması da sağlığın bozulması olarak değerlendirilir. Sağlığın bozulması durumunun süreklilik arz etmesi gerekli değildir. Kısa bir süre için de olsa sağlığın bozulması suç teşkil eder. Ayrıca sağlığın maddi olarak bozulmasının yanında, ruhsal sağlığının bozulması da bu kapsamda değerlendirilir. Örneğin yapılan müdahaleler sonucu, hastanın sinir krizi geçirmesi de sağlığın bozulması kapsamındadır.

Algılama yeteneğinin bozulması ise, ruhsal varlığının sağlıklı olarak sürdürebilmesi yönünden, kişiye göre normal olan durumdan sapmaları ifade eder²⁵⁹. Tıp bilimi tarafından akıl hastalığı sayılan durumlar bu kapsamda değerlendirilebileceği gibi, akıl hastalığı sayılmadığı halde bir kimsenin algılama, düşünme, düşüncesine ve iradesine göre hareket etme yeteneğindeki herhangi bir bozukluk da bu kapsamda değerlendirilir.

Taksirli fiil sonucu bir veya birden fazla kişinin yaralanması gerekir. Eğer yaralama neticesi gerçekleşmemiş ise taksirle yaralama suçu oluşmaz. Çünkü taksirli suç neticeyle belirlenir.

Fiil ile netice arasında uygun illiyet bağının bulunması gereklidir. İlliyet bağının varlığı için, failin belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğünün olması ve neticeyi önleyebilme olasılığının bulunması zorunludur. Hekimin sadece özen yükümlülüğünü ihlal etmesi sorumlu tutulması için yeterli değildir. Bu yükümlülüğünün ihlali sonucunda yaralanma meydana gelmelidir. Hekimin davranışı ile sonuç yani yaralanma arasında uygun illiyet bağı bulunmadığı durumda sorumluluk söz konusu değildir.

Ceza hukukunda icrai suçlarda nedensellik bağının varlığına ilişkin bir tartışma yoktur. İhmali suçlarda ise ikili bir ayırım yapılmalıdır. İhmali suçlardan gerçek ihmali suçlarda hareketin yapılmasıyla suç meydana geldiği için ve kanuni tanımda neticenin gerçekleşmesi aranmadığı için bu tür suçlar açısından nedensellik bağı araştırılmaz. Gerçek olmayan ihmali suçlarda nedensellik bağının bulunup bulunmadığı,

²⁵⁹ DÖNMEZER, s.138.

bulunuyorsa bunun nasıl tespit edileceği öğretide tartışmalıdır²⁶⁰. Dönmezer, bu tür suçlarda iki koşulun gerçekleşmesi kaydıyla nedensellik bağlantısının kabul edilebileceğini savunmuştur. Bunlar: failin harekete geçerek neticeye engel olması yönünden hukuki bir yükümlülüğünün bulunması ve bu yükümlülüğünün yerine getirilmesinin mümkün olmasıdır²⁶¹.

4.5. Taksirle Yaralama Suçunun Nitelikli Halleri

4.5.1. Birden Fazla Kişinin Yaralanması

Türk Ceza Kanunu'nun 89/4. maddesi uyarınca “failin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” Bu fıkranın uygulanabilmesi için, yaralamanın ağırlık derecesi arasında bir ayırım yapılmamıştır. Hafif yaralanmalar da madde kapsamındadır. Burada önemli olan husus taksirli eyleme bağlı olarak birden fazla kişinin yaralanmış olmasıdır. Bu düzenleme aslında dolaylı olarak, özel bir gerçek içtima kuralı niteliğindedir. Ancak bu fıkranın uygulanabilmesi için, birden fazla yaralanmanın aynı fiilden kaynaklanması gereklidir. Örneğin beş hastaya aynı enjeksiyon ile ilaç uygulayan hemşirenin eylemi dolayısı ile dört hastanın enfeksiyon kapması durumunda, ortada dört ayrı yaralama suçu bulunmaktadır.

Birden fazla yaralama koşulunun varlığı için en az iki kişinin yaralanmış olması gerekir. Yine Kanununun sözünü ettiği “birden fazla kişi” şikayetçi olan ve bu nedenle kendisine karşı işlenen suç nedeni ile takip yapılabilecek kimselerdir. Yargıtay'ın görüş ve uygulaması da bu doğrultudadır.

Yargıtay bir kararında: “meydana gelen olayda yaralanan mağdurlardan sadece Hakkı'nın sanık hakkındaki şikayetinin devam ettiği, diğer mağdurların soruşturma ve yargılama aşamasında sanıktan şikayetçi olmadıkları anlaşılacakla, sanığın eyleminin bir bütün halinde TCK'nun 89/1. maddesi kapsamında olduğu gözetilmeden, sanık

²⁶⁰ DÖNMEZER, s. 135.

²⁶¹ DÖNMEZER, s. 136.

hakkında TCK'nun 89/4. maddesi gereğince mahkumiyet kararı verilmesi, kanuna aykırı olup..." demiştir²⁶².

Yargıtay diğer bir kararında: "İki kişinin yaralandığı olayda, yaralılardan birinin olan sanığın dedesi Kazım Tekin'in şikayetçi olmaması ve oluşa göre de bilinçli taksirin unsurlarının bulunmadığının anlaşılması karşısında, eylemin 5237 sayılı TCK'nun 89/1. maddesinde tanımlanan suçu oluşturacağı, sanığın hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırı olduğunu" belirtmiştir.

4.5.2. Neticesi Sebebi İle Cezanın Ağırlaştırılmasını Gerektiren Türk Ceza Kanunu'nun 89/2. maddesinde Düzenlenen Haller

Taksirle yaralama fiili, mağdurun; duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, vücudunda kemik kırılmasına, konuşmasında sürekli zorluğa, yüzünde sabit iz, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına, neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır.

4.5.2.1. Duyu veya Organlardaki Birinin Sürekli İşlev Zayıflığı

Taksirle yaralamanın duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına yol açması suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 89/2-a maddesinde düzenlenen bu halde fail üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak belirlenen temel cezanın yarı oranında artırılmasını gerektirir.

Organ, vücudun içinde veya dışında yer alıp, bağımsız varlıkları bulunan ve her biri ayrı fonksiyonu yerine getiren kısımlardır. Türk Ceza Kanunu anlamında organ kavramı yalnızca anatomik değil, özellikle fizyolojik anlamda da anlamak gerekir.

Duyu, ilgili organın fonksiyonuna bağlı olarak koku alma, görme, tat alma, işitme ve dokunma gibi dış dünya ile ilişki kurmayı sağlayan işlevlerdir.

Duyulardan birinin işlevinin sürekli zayıflaması, söz konusu organ ve fonksiyonların kişinin fizyolojik faaliyetinde veya dış alemle olan ilişkisinde görev veya

²⁶² Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 2013/15015 Es, 2013/21058 K., 23.09.2013 tarihli kararı.

fonksiyonlarını tam olarak değil de eksik yapmaları anlaşılmalıdır. Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için zayıflığın sürekli olması gereklidir. Taksirle yaralama neticesinde, meydana gelen işlev ya da fonksiyon kaybı ve zayıflamasının, daha sonra yapay araçlar ile giderilebilir olması önemli değildir. Ancak tedavi sonrası zayıflık ortadan kalkmış ya da vücudun olağan dışı iyileşme göstermesi ile işlev kaybı ya da zayıflık giderilmiş ise fail hakkında nitelikli hal uygulanamayacaktır. Tedavinin güç veya uzun zaman alması da sürekli zayıflık sayılmalıdır.

Duyu veya organdaki işlevin sürekli olarak zayıflayıp, zayıflamadığının tespiti tıbbi bir konudur ve bu durum fizyolojik bir inceleme ile tespit edilmelidir.²⁶³ Vücutta çift olarak bulunan organlardan birinin işlevini tamamen yitirmesi halinde, diğer organ fonksiyonuna devam edebilir. Bu durumda işlevin zayıflamasından değil, yitiminden bahsetmek gereklidir. Çünkü Kanun metninde duyu veya organlardan birinin işlevinin zayıflamasından söz edilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi klavuzunda²⁶⁴ “organdaki veya ekstremitedeki anatomik kayıp ve/veya fonksiyonel bozukluğun o organ veya ekstremitenin kendi anatomik yapısı ve/veya fonksiyonuna göre % 10-50 arasında ise “işlevin sürekli zayıflaması”;% 50'nin üzerinde ise “işlevin yitirilmesi” olarak değerlendirileceği” düzenlenmiştir. Bu duruma göre de taksirle yaralama suçu açısından bu düzeyin altında kalan bir işlev kaybı durumunda nitelikli hal uygulanamayacaktır.

Dişler konusunda da mağdurun yaralanma öncesi ve sonrasındaki diş fonksiyonlarının değerlendirilerek sonuca varılması önerilmektedir. Dişlerden sadece biri bile kırılrsa, eğer çiğneme yada konuşma yeteneği azalmış ise nitelikli halin uygulanması gerekmektedir²⁶⁵.

²⁶³ YETİM, Servet, “Kasten Yaralama Suçları Bağlamında Adli Tıp Açısından Duyu ve Organ İşlevinin Sürekli Zayıflaması ve Yitirilmesi Ayrımı, Yayınlanmamış Doktora Tezi”, İÜ Adli Tıp Enstitüsü, 2006, s.56.

²⁶⁴ Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi adlı klavuz Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanmış olup, 2013 yılının Haziran ayında güncelleştirilmiştir.

²⁶⁵ APAYDIN, s.82.

“Türk Ceza Kanunu’nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi” klavuzunda her bir diş için ayrı bir planlama yapılmış olup, diş kayıplarında toplam puan 15-30 puan arasında ise işlevin sürekli zayıflaması, 30’un üzerinde ise işlevin yitirilmesi olarak kabul edilmektedir.

4.5.2.2. Vücutta Kemik Kırığının Oluşması

Türk Ceza Kanunu’nun 89/2-b maddesi gereğince taksirli eylem sonucu olarak mağdurun vücudunda kemik kırılmasına neden olması durumunda failin cezasında artırıma gidilecektir. Madde hükmünde hem basit bir kemik kırığı hem de hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanma cezada yarı oranında artırım nedeni olarak öngörülmüştür. Taksirle yaralama sureti ile kemik kırılmasının mağdurun yaşam fonksiyonlarına etkisi, cezayı ağırlaştırma oranı bakımından dikkate alınmamıştır. Kasten yaralamada ise kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisi cezayı belirlemede ayrıca değerlendirme konusu yapılmaktadır. Kanunun 89/2-b maddesinde yalnızca kemik kırılmasından söz edilmektedir. Buna göre ağırlık dereceleri arasında fark gözetilmeksizin bütün kemik kırıklarında bu bent hükmü uygulanacaktır. Kırık parmak kemiği de olsa, uyluk kemiği de olsa ağırlatıcı sebep uygulanacaktır. Mevcut uygulamada hakim cezanın alt ve üst sınırları içerisinde kırığın ağırlığına göre değerlendirme yapacaktır. Diş kırığı, kemik kırığı olarak değerlendirilmemektedir.

4.5.2.3. Konuşmadaki Sürekli Zorluk

Bu hükmün uygulanabilmesi için, konuşma yeteneğinin tamamen yitirilmesi değil, konuşma yeteneğinin kullanılmasında güçlüklerle karşılaşılması gerekir. Bu durumda da ceza üç aydan bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası olarak düzenlenmiştir. Konuşmada sürekli zorluk, eyleme bağlı olarak konuşma yeteneğini sürekli zorlaştıran surette, sürekli bir değişikliğin meydana gelmesi, konuşmada güçlüklerle karşılaşılmasıdır. Konuşmayı engelleyen, geciktiren veya zorluk çıkaran arızalar, heceleyememe veya kekeleme gibi durumlar bu bent kapsamına girer. Madde hükmünde de belirtildiği üzere bu arazların sürekli olması ve tıbbi yönden de bu arazların incelenerek belirlenmesi gerekmektedir.

4.5.2.4. Yüzde Sabit İz

Taksirle yaralama sonucu mağdurun yüzünde sabit iz oluşması durumunda, Türk Ceza Kanunu'nun 89/2-d maddesi gereğince sanığın cezası yarı oranında artırılacaktır. Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından değerlendirilmesi Klavuzuna göre yüz; Kişiye cepheden bakıldığında üstte saçlı deri sınırı (saçı dökülen ya da azalan kişilerde görülebilen frontal bölge dahil), yanlarda kulaklar dahil olmak üzere kulakların arkasından inen hayali düz çizgilerin her iki klavikula ile kesiştiği noktalar ile altta fossa jugularisten başlayıp yanlara doğru klavikuları takip eden çizgiler arasında kalan bölgedir.

Yüzün doğal görünüşünü değiştirip, etkileyen tüm farklılıklar sabit iz olarak değerlendirilir. Yüzdeki sabit izin tayini için kabul edilen kıstas ise, uzaktan görülebilir ve bir dikkat sarf edilmeden fark edilebilen biriz olmasıdır. İz sadece yara izi değildir. Bunun dışında burun akması, göz kayması, ağzın çarpılması, devamlı salya akıtılması, saç veya bıyığın dökülmesi gibi değişiklikler de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yüzde meydana gelen izin saklanabilir olması, tedavi ya da estetik ameliyatla giderilebilir olması, ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasına engel değildir. Zamanla suça konu değişikliğin kaybolması ya da normal bir tedavi ile giderilmesi halinde ağırlaştırıcı neden uygulanmaz. Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından değerlendirilmesi Klavuzuna göre oluşan yara az ya da çok iz bırakır, ancak her iz yüzde sabit iz niteliğinde değerlendirilmez. Yaralanma esnasında, yüz sınırları içerisinde oluşan yaranın iyileştikten sonra bıraktığı iz, gün ışığında veya iyi aydınlatılmış bir ortamda, insanlar arası sözel diyalog mesafesinden (1-2 metre) ilk bakışta belirgin bir şekilde fark edilebilir durumda ise “yüzde sabit iz”den bahsedilir. İz, sabit iz olup olmadığının değerlendirilmesi açısından iyileşme sürecinin tamamlanmış olması gerekir. Bu nedenle, adli tıp uygulamalarında, bu konudaki değerlendirme yaralanmadan en az altı ay sonra yapılmaktadır. Hekim gerek görürse bu süre uzayabilir. Eğer, yüz sınırları içinde oluşan yaralanmanın bıraktığı iz, o kişiyi önceden tanıyanların onu tanımada duraksamaya yol açacak şekilde yüzün doğal görünümünü bozmuş ise bu durumda “yüzde sürekli değişiklik”ten bahsedilir. Buna örnek olarak ağır yanıklar ya da yüze kezzap atılması gibi kimyasal yanıklar verilebilir.

4.5.2.5. Yaşamı Tehlikeye Sokan Durum

Türk Ceza Kanunu'nun 89/2-e maddesi gereğince yaralama sonucunda mağdurun hayati tehlike geçirmesi halinde cezada artırım yapılacaktır. Yaralamanın, yaşamsal tehlikeye sebep olup olmadığı, tıbbi bir değerlendirme ile tespit edilir. Yaşamın tehlikeye sokulması, yaşamın devamı için gerekli temel organlardan birinin görevini yapamaz hale getirmesi ya da bu organlardan birinin düzensiz çalışır hale sokulmasıdır. Yaralama eyleminin hayati tehlike meydana getirip getirmediği bedenindeki yara veya yaraların yerleri, nitelikleri, yaşama temel oluşturan organlarda zarar oluşturup oluşturmadığının belirlenmesine bağlıdır. Burada yaşam tehlikesi halinin ne kadar sürdüğünün bir önemi yoktur. Tehlikenin sonradan kalkması beklenir. Tehlike gerçekleşir ve mağdur eylemin neticesinde ölürse, suçun niteliği değişir ve fail ölüm neticesinden taksir dolayısı ile sorumlu tutulur.

4.5.2.6. Gebe Bir Kadının Çocuğunun Vaktinden Önce Doğması

Taksirle yaralama sonucu mağdurun gebe bir kadın olup, çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olunması halinde Türk Ceza Kanunu'nun 89/2-f maddesi gereğince cezada yarı oranında artırım yapılması gerekmektedir.

Bu hükmün uygulanabilmesi için, suçun gebe bir kadına karşı işlenmesi, vaktinden önce çocuğun doğmasına neden olunması, çocuğun sağ olarak doğması, doğduğunda yaşama yeteneğine sahip olması ve çocuğun vaktinden önce doğması ile yaralama arasında illiyet bağı bulunması gerekli olup bu bağı tıbbi rapor ile saptanması gerekmektedir. Ölü doğum veya sağ doğmakla birlikte yaşama yeteneğinin bulunmaması halinde, eylemin niteliğinin değiştiği kabul edilmeli, bu durumda Türk Ceza Kanunu'nun 89/3-e hükmü uygulanmalıdır.

4.5.3. Netice Sebebi İle Cezanın Ağırlaştırılmasını Gerektiren Türk Ceza Kanunu'nun 89/3. maddesinde Düzenlenen Haller

Taksirle yaralama fiili, mağdurun; iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzünün

sürekli değişikliğine, gebe bir kadının çocuğunun düşmesine neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

4.5.3.1. İyileşme Olanadı Bulunmayan Bir Hastalığa veya Bitkisel Hayata Girme

Taksirle yaralama sonucu mağdurun iyileşme olanadı olmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesi durumunda, failin cezası üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak belirlenen temel cezanın bir katı oranında artırılması sureti ile belirlenecektir. İyileşme olanadı bulunmayan bir hastalıkta, kanun hastalık kelimesinden ne anlaşılması gerektiğini belirtmemiştir. Hastalık doktrinde, “ nedeni kesin olarak tespit edilsin veya edilmesin, insanın beden veya ruh fonksiyonlarını yerine getirmesine anatomik veya fonksiyonel bozukluğu gerektiren patolojik durum” olarak tanımlanmıştır²⁶⁶. Söz konusu bu hastalık, iyileşme olanadı bulunmayan bir hastalık olması gerekir. İyileşmeme durumunun olasılık halinde bulunması da madde hükmünün uygulanması için yeterlidir. Bitkisel hayat ise kişinin bilinçsiz ve hareketsiz bir şekilde sürekli bir bakım ve tıbbi yardımla yaşamına devam etmesi halidir. Bitkisel hayattaki kişiler hukuken ve tıbben ölmüş kabul edilemez. Bu halde kişi uzun yıllar yaşayabileceği gibi yeniden yaşama dönebilir. Bu ağırlaştırıcı halin uygulanması için mağdur ölmemeli, sadece bitkisel hayata girip çıkmış olması gerekir.

4.5.3.2. Duyu veya Organlardan Birindeki İşlev Yitimi

Taksirle yaralamanın duyu veya organlardan birinin işlevinin yitirmesine yol açması, suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu halde temel ceza belirlendikten sonra Türk Ceza Kanunu'nun 89/3-b hükmü gereğince ceza bir katı oranında artırılabacaktır.

Organ ve duyu tanımlarına yukarıda değinmiştik. Bir organın işlevini yitirmesi, yaralanma veya hastalık dolayısı ile organın görevini yapamayacak biçimde tahrip olması veya fonksiyonunu tamamen yitirmesi şeklinde gerçekleşebilir. Madde metninde duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesinden söz edildiğinden çift olan organlardan birinin işlevini yitirmesi durumunda da bu bent hükümleri uygulanacaktır. Çift organlardan örneğın bir böbrek veya gözün, bi elin

²⁶⁶ ERMAN, s.112.

işlevinin kaybedilmesi bu hükmün uygulanması için yeterlidir. Fıkranın uygulanması için organın görevini yapamaz hale gelmesi önemlidir. Ayağın kesilmesi durumu da organın görev yapmaması kapsamındadır.

Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Klavuzuna göre organdaki veya ekstremitedeki anatomik kayıp ve/veya fonksiyonel bozukluğun o organ veya ekstremitenin kendi anatomik yapısı ve/veya fonksiyonuna göre % 10-50 arasında ise “işlevin sürekli zayıflaması”; % 50’nin üzerinde ise “işlevin yitirilmesi” olarak değerlendirilmelidir.

Hekim, mesleğinin gerektirdiği objektif özen ve dikkat yükümlülüğünü yerine getirmeyerek mağdurun duyu veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine neden olursa, taksirle yaralama suçundan sorumlu olacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararında:

“Devlet hastanesinde görevli ve memur olan davalı doktorun hastanın açık kırıklarda ilk 6-8 saat içerisinde ameliyathane ortamında debridman²⁶⁷ gerekli olduğu, bunda gecikildiği ve uygulanan antibiyotik tedavisinin de yetersiz kaldığı, doktorun, hastası olan davacıya zamanında ve gerekli tedaviyi yapmayarak bir kolunun omuzdan kesilmesine neden olduğu ve doktorun bu eyleminin görevinden ayrılabilir, salt kişisel kusur teşkil ettiği” belirtilmiştir²⁶⁸. Bu durumda; hekim, gerekli dikkat ve özeni göstermeyip, hastaya zamanında müdahale etmeyerek hastanın kolunun kesilmesine neden olduğundan taksirle yaralamanın nitelikli hali olan Türk Ceza Kanunu’nun 89/3-b suçundan sorumlu olacaktır.

4.5.3.3. Konuşma ya da Çocuk Yapma Yeteneklerinin Kaybolması

Türk Ceza Kanunu’nun 89/3-c maddesi gereğince mağdurun konuşma yeteneğinin ya da çocuk yapma yeteneğinin kaybolmasına yol açması durumunda failin belirlenecek temel cezasının bir katı oranında arttırılması gerekmektedir.

²⁶⁷ Debridman, bir açık yarada bulunan yabancı cisimlerin, hasarlı veya enfekte dokuların, cerrahi olarak tamamen çıkarılması ve yaranın temizlenmesidir.

²⁶⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.09.2001 tarih, 2001/4-595E, 2001/643K. sayılı kararı.

Bu madde hükmünde iki ayrı neticeden söz edilmiştir. Bunlardan ilki konuşma yeteneğinin kaybı diğeri ise çocuk yapma yeteneğinin kaybolması durumudur. Konuşma yeteneğinin kaybı, beyinde, ses tellerinde, ağız boşluğunda ya da bunların hepsinde meydana gelen bozukluklar sonucunda bir kimsenin ya hiç ses çıkaramaması ya da anlaşılabilir sesleri çıkarmaktan yokun olmasıdır²⁶⁹. Kekemelik durumu konuşma yeteneğinin kaybı sayılmaz. Bu durumda konuşmada sürekli zorluk söz konusu olup, fail hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 89/2-c maddesi uygulanmalıdır.

Çocuk yapma yeteneğinin kaybolması ise, uterus, ovaryumlar, testisler gibi üremeye yardımcı organları içine alan yaralama durumlarında değerlendirilir. Mağdurun yaşı veya cinsiyeti önemli değildir. Diğer bir ifade ile çocuk yapma yeteneği erkek bakımından da söz konusudur. Ancak, bu suçun işlenebilmesi için, fiilden önce çocuk yapma yeteneğine haiz olunması şarttır. Mağdur yaşının fazla ilerlemiş olması, kısır olması, cinsiyet organlarında sakatlık bulunması ya da çıkarılmış olması gibi durumlarda bu nitelikli hal uygulanamaz²⁷⁰. Bu madde hükmünün uygulanabilmesi için konuşma veya çocuk yapma yeteneğinin sürekli bir nitelik taşıması ve bu durumun tıbben belirlenmesi gereklidir.

4.5.3.4. Yüzündeki Sürekli Değişim

Taksirle yaralamanın mağdurun yüzünde sürekli değişikliğe yol açması durumunda, Türk Ceza Kanunu'nun 89/3-d maddesi gereğince sanığın cezası artırılabilecektir. Yüz terimi "yüzde sabit iz" bölümünde açıklanmıştır. Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından değerlendirilmesi Klavuzuna göre yüz; Kişiyeye cepheden bakıldığında üstte saçlı deri sınırı (saçı dökülen ya da azalan kişilerde görülebilen frontal bölge dahil), yanlarda kulaklar dahil olmak üzere kulakların arkasından inen hayali düz çizgilerin her iki klavikula ile kesiştiği noktalar ile altta fossa jugularisten başlayıp yanlara doğru klavikularını takip eden çizgiler arasında kalan bölgedir.

²⁶⁹ ERMAN, s.119.

²⁷⁰ ÖZTÜRK, s.329.

Bir insanın yüzü, onu diğer kişilerden ayırmaya ve tanımaya yarar. Bu nedenle kanun koyucu bu bölgeyi ayrıca koruma altına almak istemiştir.

Yüz sınırları içerisinde oluşan yaralanmanın bıraktığı iz, o kişiyi önceden tanıyanların duraksamasına yol açacak şekilde yüzün doğal görünümünü bozmuş ise bu durumda yüzde sürekli değişiklikten bahsedilir²⁷¹. Nitelikli halin uygulanabilmesi için yüzde meydana gelen değişikliğin sürekli olması gerekir. Basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek değişiklik, sürekli değişiklik kapsamına girmez. Değişikliğin estetik ameliyatla giderilmesi nitelikli halin uygulanmasını engellemez.

4.5.3.5. Gebe Bir Kadının Çocuğunu Düşürmesi

Türk Ceza Kanunu'nun 89/3-e maddesi gereğince taksirle yaralama sonucu gebe olan mağdurun çocuğunun düşmesine yol açması, cezanın artırılması sonucunu gerektirmektedir. Düşükten söz edebilmek için çocuğun normal süresinden önce ana rahminden ayrılması gerekir. Ayrıca bu nitelikli halin uygulanabilmesi için çocuğun ölü doğmuş olması gerekir. Vaktinden önce doğum halinde çocuk yaşıyor ise, bu durumda Türk Ceza Kanunu'nun 89/2-f maddesinde yer alan ağırlatıcı neden uygulanacak olup, cezasında yarı oranında artırım yapılması gerekmektedir.

5. TAKSİRLE YARALAMA SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

5.1. Teşebbüs

İcra hareketlerine başlanmakla birlikte failin elinde olmayan sebeplerle tamamlanmayan suçlara teşebbüs halinde kalmış suçlar denir²⁷².

Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinde teşebbüs: "Kişi, işlemeyi kastettiği bir suç elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur" şeklinde tanımlanmıştır. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere sadece kasti suçlara teşebbüs mümkündür.

²⁷¹ DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Ankara, Beta Yayınları, 2001, s.156.

²⁷² APAYDIN, s.97.

Taksirli suçlarda teşebbüs mümkün değildir. Teşebbüs iradesi, neticeyi bilmeyi ve istemeyi gerektirir. Taksirli suçlarda ise neticenin istenmesi söz konusu değildir. Neticenin istenmemesi taksirin özelliği olduğuna göre, failin istemediği bir sonuca teşebbüs etmesi de mümkün değildir²⁷³.

Teşebbüs kurumu taksirli suçlar ile bağdaşmaz. Çünkü teşebbüste fail, belli bir sonucu gerçekleştirmek üzere bilinçli olarak hareket eder. Bu nedenlerle taksirle yaralama suçuna teşebbüs olmaz. Yargıtay da aynı görüştedir.

5.2. İştirak

İştirak, bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kimsenin önceden işbirliği yapmaları sonucu gerçekleştirmeleri olarak tanımlanmıştır. İştiraktan söz edebilmek için kişilerin suç işlemeyi önce suç işlemeleri hususunda anlaşmış olmaları, işbirliği yapmaları gerekir. Bu nedenle iştirak ancak kasten işlenebilen suçlar açısından mümkündür.

Türk Ceza Kanunu'nun "Bağlılık Kuralı" başlıklı 40. maddesinin 1. fıkrası "Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir" denilmiştir. Yine Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinde "Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi" şeklinde tanımlanmış olup, taksirli hareket bilerek yapılmakta ancak netice istenmemektedir. Kanunu'nun 22/5. maddesi "Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir" şeklinde açık düzenlemeye yer verilmiştir. Taksirli suçlarda, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeni ile herkes kendi kusurundan, diğerinden bağımsız olarak sorumlu olacaktır. Örneğin, sakat kalma ile sonuçlanan bir ameliyatta ameliyata katılan hekim, asistan, hemşire gibi kişilerin sorumlulukları kendi kusurlarına göre belirlenecektir. Yine hekimin ameliyata yardımcı personeli gözetme, kusurlu davranışlarını önleme yükümlülüğünü yerine getirmeme, hemşirenin de kullanılan malzemeleri ameliyat sonunda sayarak

²⁷³ APAYDIN, s.98.

toparlama görevini ihmal etmesi sonucunda hastanın karnında gazlı bez unutulması olayında, neticenin oluşumuna kusuru ile katılan her bir fail, sıfatı ile sorumlu tutulur.

5.3. İçtima

Fail hareket ile kaç tane netice meydana getirmiş ise o kadar suç işlemiş sayılır. Bu neticelerin her birinden dolayı suçların içtması durumu hariç, fail ayrı ayrı cezalandırılır. Bir kimsenin birden çok ceza kanununu ihlal etmesi bu yüzden de birden çok suçtan sorumlu olması halinde, suçların içtması söz konusu olmaktadır. Suçların içtması, ceza normları ceza sorumluluğunun sınırlarını daraltan tamamlayıcı ceza normlarıdır. Suçların içtmasında birden çok suç işlenmesine rağmen, çeşitli sebeplerle fail tek ceza ile cezalandırılmaktadır.

Suçların içtması; bir kimsenin bir veya birden çok fiille, ceza kanununun aynı hükmünü veya farklı hükümlerini bir veya birden çok ihlal etmesi, dolayısı ile failin birden çok suçtan değil tek bir suçtan sorumlu tutularak cezalandırılmasıdır. Suçların içtması ya maddi içtma ya da şekli içtma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Maddi içtimada, birden çok suç birden çok fiille gerçekleştirilirken; şekli içtimada, birden çok suç tek bir fiille gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan kanundan dolayı bileşik suç, zincirleme suç, fikri içtma hukuki yapılarını oluşturan birden çok fiil, tek bir suç sayılmakta ve faile tek bir ceza verilmektedir. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi teselsüldür.

Taksirli suçlarda suç işleme kastı bulunmadığından teselsül söz konusu olmaz. Taksirli yaralama suçunda Türk Ceza Kanunu'nun 89/4. maddesi suçların içtmasına ilişkin özel bir düzenleme niteliğinde olup birden fazla kişinin yaralanması sonucunda daha ağır bir yaptırım öngörülmüştür.

Ceza kanunumuzda suçların içtması için özel hükümler getirilmiştir. Bunlar Türk Ceza Kanunu'nun "bileşik suç" başlıklı 42. maddesi, "zincirleme suç" başlıklı 43. maddesi ve "fikri içtma" başlıklı 44. maddesidir. Bileşik suç kanunun 42. maddesinde düzenlenmiş olup, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtma hükümleri uygulanmaz. Buna örnek olarak yağma suçu verilebilir. Zincirleme suç, kanunun 43.

maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre 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. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır. Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz” şeklinde düzenlenmiştir. Fikri içtima ise kanunun 44. maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre kişi işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermiş ise, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Fikri içtima, tek bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet verilmesidir. Bu durumda, faile ihlal sayısınca veya işlenen suç sayısınca değil, yalnızca en ağır cezayı gerektiren fiilden dolayı ceza verilir. Tek fiil ile ihlal edilen hükümlerin korudukları hukuki yarar, hukuki konular, farklı ise fikri içtima söz konusudur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 257. maddesi genel bir hüküm olduğundan, hekimin eylemi başka bir suç oluşturduğu takdirde özel hükmün öncelikli olması gereğince hekim özel hükümden sorumlu olacaktır.

Yargıtay bir kararında; hemşirenin ameliyat sırasında, malzemeleri kontrol etmeyerek pensin aletini hasta karnında unutmasına kusuru ile neden olduğundan eylem görevi ihmal olarak değil, taksirli yaralama suçu kapsamında değerlendirilerek özel normun ilkesinin önceliğini benimsemiştir²⁷⁴.

6. SORUŞTURMA, KOVUŞTURMA, YAPTIRIM, ZAMANAŞIMI

6.1. Soruşturma, Kovuşturma

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 89/5. maddesinde “Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz”

²⁷⁴ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 19.12.2008 tarih, 16170/2316 sayılı kararı.

denilmiştir. Madde hükmüne göre, bilinçli taksir hali hariç olmak üzere, taksirle yaralama suçunun soruşturma ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Bir suçun şikayete tabi olmasının önemi, bu suç hakkında süresi içerisinde savcılığa şikayet dilekçesi verilmesi gerekliliği yönündedir. Soruşturma ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda, fiilin ve failin kim olduğunun öğrenilmesi tarihinden itibaren 6 ay içerisinde savcılığa şikayette bulunulması gereklidir. Bu 6 aylık şikayet süresinin geçirilmesi durumunda soruşturma, kovuşturma yapılamaz. Bu sürenin ne zaman işlemeye başlayacağını tespitini hususu önemlidir. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinde düzenlenmiştir.

Hasta tıbbi müdahale nedeni ile zarar görmüş olduğunu ya da hatalı tıbbi müdahalenin zararlı sonuçlarını tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden 5 sene sonra anlamış, öğrenmiş olabilir. Bu durumda 6 aylık şikayet süresinin başlangıcı hastanın zararı öğrendiği tarihtir. Ancak hastanın, fiili ve faili öğrenme tarihini ispatlaması gereklidir. Bunun dışında öğrenmenin zamanaşımı süresi içerisinde gerçekleşmesi gerekir.

Yaralama suçunun, bilinçli taksirle işlenen hali ise şikayete tabi değildir. Bu durumda, soruşturma ve kovuşturma işlemleri, doğrudan Cumhuriyet Savcılığınca yapılarak yürütülür. Somut olayda, taksir ya da bilinçli taksir bulunduğu yönündeki değerlendirme, bir yargılamayı gerektirdiğinden, kovuşturmanın şikayete bağlı olup olmadığını saptama görevi, mahkemeye düşmektedir. Bu durumda, olayda bilinçli taksirin söz konusu olduğu düşüncesine varılacak olursa, kamu davasına şikayet aranmaksızın devam edilecek, aksi halde, taksirle işlenmiş eyleme ilişkin şikayet bulunmadığından, kamu davasının 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin 4. fıkrası uyarınca düşmesine karar verilecektir²⁷⁵. Çünkü, şikayet suçun unsuru ya da cezalandırılabilme koşulu değil, bir ceza muhakemesi koşuludur. Şikayetin bulunmaması muhakemeyi engellediği içindir ki, beraat değil, düşme kararı verilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73/8. maddesi uyarınca şikayete bağlı suçlar uzlaşmaya tabidir. Taksirle yaralama suçları da, bilinçli taksir hali hariç olmak üzere uzlaşmaya tabidir. Uzlaşmaya soruşturma ve kovuşturma aşamasında da gidilebilir.

²⁷⁵ MERAN, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005, s. 83.

Uzlaşma usulü ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253-255²⁷⁶. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Sağlık mesleği mensupları, taksirle yaralama eylemleri genellikle görevleri sebebi ile işledikleri için, söz konusu bu kişilerin 657 sayılı Kanuna tabi memur statüsünde görev yapıp yapmadıkları hususunun araştırılması gerekir. Bu kişiler 657 sayılı Kanuna tabi iseler haklarında 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni alınması gereklidir. Bu yasa memurların görevleri nedeni ile işlenen suçlarla ilgili kovuşturma yöntemlerini düzenlemektedir. Bu nedenle, işlenen suçun mutlaka görevin yapılması ile ilgili olması gerekir²⁷⁷. 4483 sayılı kanunun 4/1. maddesinde, “Cumhuriyet başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikayet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar veya şikayette bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler.” denilmiştir. Aynı kanunun 3. maddesinde ise, hangi memurlar için hangi makamdan izin isteneceği somut bir biçimde belirlenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde kamu görevlisinin tanımı yapılmıştır. Madde metninde kamu görevlisi; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olarak tanımlanmıştır. Kanunun madde gerekçeleri incelendiğinde kamu görevlisi sayılmak için tek ölçüt, faaliyetin kamusal bir faaliyet olması olarak alınmış, faaliyetin sürekli, süreli veya geçici olmasının ceza hukuku açısından önemli olmadığı vurgulanmıştır. Bu tanıma göre bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için; yürütülen işin kamusal faaliyet olması, kişinin faaliyete katılma şekli; faaliyetin niteliği ve kişinin idare ile özel hukuk ilişkisi içerisinde olmaması önem taşımaktadır. İlk üç şart, maddedeki tanımdan anlaşılabilmekte, dördüncü şart ise madde gerekçesinde kendisini ortaya koymaktadır²⁷⁸.

²⁷⁶ RG. 17.12.2004 - 25673

²⁷⁷ Görev nedeni ile işlenen suç; memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen görevlerinden doğan ve bu görevleri ile ilgili olan suç anlamına gelmektedir.

²⁷⁸ DÖNMEZER, s.114-115.

Cumhuriyet Başsavcıları, bir memurun (hekim ya da diğer sağlık personeli) görevi sebebi ile suç işlediğini ihbar, şikayet ya da başka bir yolla öğrendiğinde, suç isnadı yapılan kamu görevlisinin 4483 sayılı Kanun²⁷⁹ kapsamında bir memur olup olmadığını, eğer kanun kapsamına giriyor ise işlediği suçun görev sebebi ile işlenip işlenmediğini araştırmalı, toplanması gerekli delilleri toplamalı ve başka bir işlem yapmaksızın evrağın bir örneğini soruşturma izni vermeye yetkili mercie göndererek soruşturma izni talep etmelidir. Soruşturma izni için ilçedeki sağlık görevlileri olan kamu görevlisi hakkında Kaymakam, ilde ise Vali'den izin alınır. Memur hekim hakkında yapılan ihbarı öğrenen yetkili idari mercii – vali, kaymakam- bizzat ya da görevlendireceği kişiler aracılığı ile olay hakkında inceleme yapar. Yetkili idari merci 30 gün ve zorunlu hallerde 45 gün içerisinde ihbar konusu olayla ilgili olarak soruşturmayı tamamlayarak, ön inceleme yapılan memur hekim hakkında soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi doğrultusunda bir karar vermek zorundadır. Soruşturma izni verilmesine ilişkin bir karar verilir ise bu karara karşı hakkında ön inceleme yapılan memur hekimin; soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı ise Cumhuriyet Başsavcılığı ve ihbar veya şikayette bulunanın 10 gün içinde itiraz hakkı vardır. İzin verilmeyip kararın kesinleşmesi durumunda ilgili kamu görevlisi hakkında muhakeme şartı gerçekleşmediğinden soruşturma yürütülemeyecektir.

Aile hekimleri, koruyucu ve tedavi edici sağlık hizmetleri dahil olmak üzere, birinci basamakta tanımlanan tüm hizmetleri yerine getiren ve gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti ile, hizmeti kişilerin ayağına kadar getirmekle yükümlü olan kişilerdir²⁸⁰. Aile hekimleri²⁸¹, Sağlık Bakanlığı ile sözleşmeli olarak görev yapmaktadırlar. Bu sözleşme gereği aile hekimleri her biri bağımsız sağlık hizmet kuruluşu şeklinde görev yapmaktadırlar. Aile hekimleri, 5258 sayılı Kanun'un²⁸² 6.maddesi hükmüne göre görevleri ile ilgili ya da görevleri başında işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlarda devlet memurları gibi kabul edilirler. Bu düzenleme aile hekimlerinin kural

²⁷⁹ RG. 04.12.1999-23896

²⁸⁰ DEMİRCAN, Yusuf Tunç, “Aile Hekimliğinde Yaşanan Sorunların Hukuki Yönü”, İ.Ü.Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Hekimlik Uygulamalarının Adli Tıbbi Güncellenmesi Sempozyum Dizisi No:78, Ekim 2012, s.120.

²⁸¹ 24.11.2004 tarihli 5258 sayılı Aile Hekimliği Plot Uygulaması Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir.

²⁸² RG. 09.12.2004-25665

olarak memur sayılmadıklarını, ancak yaptıkları kamu hizmeti dolayısı ile memur gibi kabul edildiklerini göstermektedir.

Suçun bir hekim tarafından işlenmesi durumunda 1219 sayılı yasanın 75. maddesi uyarınca mesleki kusurun bulunup bulunmadığına ilişkin Yüksek Sağlık Şurasından rapor alınması zorunluluğu Anayasa Mahkemesi kararı ile ortadan kaldırılmıştır²⁸³.

Türk Ceza Kanunu'nun 89/1-2-3-4 maddelerindeki suça bakma görevi 5235 sayılı Kanun'un değişik 11. maddesi gereği Asliye Ceza mahkemelerine aittir. Suçun bilinçli taksirle işlenmesi durumunda da görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemeleridir. Görevli mahkeme bu durumda değişmez. Görevli mahkemenin tespitinde yaralamanın niteliği değil, yaralanan kişi sayısı esas alınmıştır.

6.2. Yaptırım

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 89. madde hükmü ile taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişinin üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Madde hükmünün 2.bendinde taksirle yaralama fiiline verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı durumlar sayılmıştır. Bunlar mağdurun, duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflaması, vücudunda kemik kırılması, konuşmasında sürekli zorluk, yüzünde sabit iz, yaşamını tehlikeye sokan bir durum, gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olma durumlarıdır.

Madde hükmünün 3.bendinde ise, taksirle yaralama fiiline verilecek cezanın bir kat artırılacağı durumlar belirtilmiştir. Buna göre; taksirle yaralama fiili, mağdurun, iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzünün sürekli değişikliğine, gebe bir kadının çocuğunun düşmesine neden olmuşsa faile verecek ceza yukarıda da değindiğimiz gibi bir kat artırılır.

²⁸³ APAYDIN, s.108.

Madde hükmünün 4. bendine göre taksirle yaralama fiili birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz.

Failin, 89. maddenin 1. fıkrasında öngörüldüğü üzere, bir yaralama eylemini taksirle işlemiş olması durumunda hakkında verilecek ceza, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Suçun bilinçli taksirle işlenmiş olması durumunda Türk Ceza Kanunu'nun 22/3. maddesi uyarınca, üçte birden yarısına kadar artırılır.

Suçun netice sebebi ile ağırlaşmış hallerine ilişkin 3. Fıkroda öngörüldüğü üzere işlenmiş olması durumunda, 1. Fıkroda belirlenen temel ceza yarı oranında, 3. Fıkroda öngörüldüğü üzere işlenmiş olması durumunda, temel ceza 22/3 maddesi uyarınca üçte birden yarısına kadar artırılır.

Hakim, seçimlik olarak öngörülecek cezalardan adli para cezasını seçebilir. Bu durumda hükmedilecek ceza, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 52/1. maddesinde öngörüldüğü üzere, beş gün ile yedi yüz otuz gün arasında belirlenecek, tam gün sayısının 52/2. maddesinde belirtilmiş olan değerler arasından bir miktarla çarpılması sureti ile bulunur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50/2. maddesi uyarınca, TCK 89. maddedeki suç tanımındaki hapis cezası ile adli para cezası seçenek yaptırım olarak öngörüldüğünden hapis cezasına hükmedilmiş ise, bu para artık adli para cezasına çevrilemez. TCK'nun 50/4. maddesi uyarınca, taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası, uzun süreli de olsa bu ceza diğer koşulların varlığı halinde TCK 52/1-a bendine göre adli para cezasına çevrilebilir. Ancak bu hüküm bilinçli taksir durumunda uygulanmaz. Hapis cezasının, adli para cezasına çevrilmiş olması durumunda, 51. madde hükmü uyarınca, ertelenmesi olanaklı değildir. Taksirle yaralama halinde hak yoksunluğuna hükmedilemez. Ancak failin, 53/6. maddesine göre, belli bir meslek veya sanatın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan dolayı mahkum olması durumunda, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu

mesleği yapmaktan yasaklanmasına karar verilebilir. Yasaklama, hükmün kesinleşmesi ile yürürlüğe girer, süre cezanın tümü ile infazından itibaren başlar.

6.3. Zamanaşımı

Zamanaşımı kavramı, dava veya cezanın düşürülmesi ile devletin ceza verme hak ve yetkisinden vazgeçmesini ifade etmektedir.

Zamanaşımı, dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı olmak üzere iki çeşittir. Dava zamanaşımı, kamu davası açılmamış ise açılmasına, açılmış ise devam etmesine engel olmaktadır. Ceza zamanaşımı, açılmış olan kamu davası ile verilen kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünün kanunda belirtilen süre içinde infaz edilememesi halinde söz konusudur.

Dava zamanaşımı, suçun işlenip bittiği tarihten itibaren kanun tarafından belirlenen sürelerin geçmesi, davanın açılmaması veya açıldıktan sonra da devam edilememesi durumudur. Dava zamanaşımı, ilişkin bulunduğu suçta dava açılmasına veya açılan davanın devamına engel olan bir haldir. Suçlara uygulanacak dava zamanaşımı süreleri 5237 sayılı TCK'nun 66. maddesinde düzenlenmiştir. Bu süreler geçtikten sonra suç işlediği iddia edilen kişi hakkında dava açılmayacağı gibi açılmış olan davaya da devam edilemeyecektir. Zamanaşımı, devletin yargılama hakkının sona ermesini sonuçladığından niteliği gereği re'sen göz önünde bulundurulur.

Kural olarak tüm suçlar dava zamanaşımına tabidir. Taksirle yaralama suçunu düzenleyen 5237 sayılı TCK'nun 89. maddesi açısından dava zamanaşımı süresi, suçun işlendiği tarihten itibaren 8 yıldır. Zamanaşımı süresinin başlaması tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlar. Suç eğer, neticesi hareketten ayrılabilen nitelikte ve taksirle işlenen bir suç ise zamanaşımı süresi neticenin meydana geldiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Dava zamanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi durumunda ise dava zamanaşımı en fazla on iki yıl olabilir.

SONUÇ

Tıbbi müdahale; kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek, bu mümkün olmadığında hastalığı hafifletmek, acılarını dindirmek veya onları rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması yapmak amaçları ile tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili kişiler tarafından tıp bilimince genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak, en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir.

Tıbbi müdahaleler kişinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerdir. Tıbbi müdahale ile ihlal edilebilecek kişilik hakları, maddi-bedensel değerler içerisinde yer alan, insanın sadece insan olması nedeniyle doğuştan sahip olduğu vazgeçilemez, devredilemez mutlak haklar olan yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü haklarıdır. Yaşam hakkı, sağlık hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı başta Anayasa olmak üzere çeşitli kanunlarca da koruma altına alınmıştır.

Bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak değerlendirilebilmesi için, teşhis, tedavi, hastalığı hafifletmek ya da acıyı dindirmek, hastalığı önlemek, hastalıktan korumak ve nüfus planlaması gibi amaçları taşıması gerekmektedir.

Her tıbbi müdahale kendi içerisinde uygulanışlarına göre farklılık göstermektedir. Hastaya uygulanacak tıbbi müdahaleler, hastalığın türüne göre basit bir ilaç tedavisi olabileceği gibi çok karışık cerrahi bir müdahale de olabilir. Tıbbi müdahale, sağlığı korumak ve sürdürmek gibi bir amaca dayalı olsa da, aslında kişilik haklarına sahip olan insanın vücut bütünlüğüne yönelen müdahalelerdir. Kural olarak, insan sağlığına ve vücut bütünlüğüne yönelen her türlü müdahale, kişilik haklarının hukuka aykırı olarak ihlali sayılmaktadır. Ancak bazı koşulların varlığı durumunda tıbbi müdahaleler hukuka uygun sayılmaktadır. Tıbbi müdahalelerin yetkili kişiler tarafından yapılması, uygulanacak tıbbi müdahalenin kanunen öngörülmüş bir amaca yönelik olması, tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olarak yapılması ve en önemlisi kişinin yapılacak tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi ve onam vermesi tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getirmektedir.

Hastanın iradesinin bulunması halinde tıbbi müdahale hukuka uygun bulunmaktadır. Rızanın hukuken geçerli olabilmesi bazı koşulların varlığına bağlıdır. Rıza, hastanın kendi hakkında karar vermesini dolayısıyla özerkliğini sağlayan bir kurumdur. Hastanın kendi yaşamı ve sağlığı ile ilgili konularda doğru ve uygun kararı verebilmesi kişinin tıbbi müdahale konusunda yeterli derecede bilgi sahibi olmasına bağlıdır. Tıbbi müdahalenin şekli, sonucu, riskleri hakkında bilgi sahibi olmayan hastanın müdahale hakkında serbestçe karar vermesi mümkün değildir. Hasta rızasının hukuken geçerli olabilmesi için tıbbi müdahaleye rıza gösteren hastanın hekim tarafından aydınlatılması, bilgilendirilmesi gereklidir. Bunun dışında aydınlatmanın zamanı da önem taşımaktadır. Aydınlatma her somut olay dikkate alınarak ve tıbbi müdahaleye izin verilmeden önce, hastaya yeterince ve sağlıklı olarak düşünebilecek zamanı bırakmak sureti ile yapılmalıdır. Aydınlatma, müdahalenin nedeni, kapsamı, şekli, riskleri, sonuçları, olası komplikasyonlar, başarı şansı, masrafı, alternatifler, , ivediliği, söz konusu işlemlerin sosyal ve ekonomik açıdan hasta üzerinde oluşturabilecek etkileri ve işlemin yapılmaması ya da ertelenmesi halinde söz konusu olabilecek sonuçları hakkında, hastane, personelin durumunu içerecek şekilde ve hasta ile bizzat görüşülerek yapılmalıdır. Hekimin tıbbi müdahalelerin niteliklerine göre yapacağı aydınlatmanın farklı türleri bulunmaktadır. Aydınlatmanın yapılmasında kural şekil serbestisi olup, hukukumuzda hasta ve/veya yakınlarının yazılı ya da sözlü aydınlatılması mümkündür. Yazılılık ispat açısından kolaylık sağlayabileceğinden hekimlerin sözlü aydınlatmadan sonra yazılılığa başvurması önerilebilir.

Hukukumuzda, hekimin müdahaleden önce hastanın onamını almamış olması, 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesinde, başlı başına bir suç olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında, hastanın onamı olmaksızın yapılan müdahalelerde hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı için de, ihlal edilen hukuki menfaat sebebiyle, hekim suç işlemiş olacaktır. Hekimin bilgisizlik, meslekte acemilik ya da tedbirsizlik nedeniyle bir zarara sebep olması durumunda, yapılan müdahale ile ilgili olarak usulüne uygun şekilde hastanın aydınlatılmış onamı alınmış olsa da, hukuka aykırılık devam edecek, hekim meydana gelen zarardan sorumluluğu doğacaktır.

Tıbbi müdahalelerden kaynaklanan taksirle yaralama suçları ile korunan hukuki değerlerin önemi nedeni ile insan yaralama, taksirle işlendiğinde de suç olarak

düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır. Tıbbi hata, tıp biliminin standartına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı, müdahale öncesi, müdahale ve müdahale sonrasını kapsayan uygulama hatasıdır. Tıbbi hata yapılmaması gereken bir şeyin yapılması şeklinde olabileceği gibi, yapılması gereken bir şeyin yapılmaması şeklinde de olabilir.

Tıbbi hatalar çok çeşitli olmakla birlikte uygulamada en çok tedavi hatalarının yapıldığı görülmektedir. Hekimin hastasına özenli tedavide bulunması gerekmektedir. Tıbbi müdahale tıbbi standarda aykırı gerçekleştirilmiş ise burada hekimin ya da diğer sağlık mesleği mensubunun cezai sorumluluğu gündeme gelecektir. Tıbbi hata ile komplikasyon kavramları birbirinden farklı kavramlardır. Komplikasyon, bir hastalığın devamı sırasında vuku bulan patolojik olaylar olarak tanımlanır ve tıbbi müdahale sırasında öngörülme tehlikenin aniden ve umulmadık bir şekilde ortaya çıkmasıdır. Tıbbi müdahalenin ifası sırasında herhangi bir kusur yok ise meydana gelen netice tıbbi müdahalenin olağan riskleri olarak kabul edilmektedir. Her tıbbi müdahalenin normal risk ve sapmaları vardır. Tıbbın kabul ettiği bu risk ve sapmalar çerçevesinde yapılan hareketler izin verilen risk kapsamında olup, tıbbi müdahale sonucunda zararlı netice meydana gelmiş olsa bile burada hekimin cezai sorumluluğundan bahsedilemez. Hastanın tanı ve tedavisinde ortaya çıkan istenmeyen her durum, tıbbi hata olarak nitelendirilemez. Hekim, tıbbi müdahaleyi standarta uygun yapmışsa, sonuç olumsuz olsa dahi, bu olumsuz sonuçtan hekim sorumlu tutulamaz. Eğer komplikasyon zamanında fark edilmez ise, fark edilmesine rağmen gerekli önlemler alınmaz ise, fark edilip önlem alınmasına rağmen yerleşmiş tıbbi standart ile müdahalede bulunulmaz ise burada tıbbi hatadan söz edilir ve bu durumda hekimin sorumluluğu doğar.

Hekim ve diğer sağlık çalışanlarının tıbbi müdahaleden kaynaklanan cezai sorumlulukları, suçun unsurlarının gerçekleşmesi halinde mevcuttur. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan hakkın icrasıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin 1. fıkrasında "hakkın kullanılması" bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu durum, "hakkını kullanan kimseye ceza verilmeyeceği" şeklinde ifade edilmiştir. Hakkın kullanılması, hukuken korunan bir hakkın kullanılması halinde hak sahibinin cezalandırılmaması demektir.

Hekimin tedavi amacıyla hareket etmemesi, hakkı kötüye kullanması, tıbbi müdahaleyi özensizce yapması, hastanın rızasını almaması ve hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması durumunda hekim meydana gelen neticeden sorumlu tutulur. Hukuka uygunluk sebebinde sınırın aşılmasından söz edebilmek için hukuka uygunluk sebeplerinden herhangi birinin bütün şartları ile birlikte bulunması gerekir.

Hekim ve diğer sağlık çalışanları, taksirle yaralama eylemleri genellikle görevleri sebebi ile işledikleri için, söz konusu bu kişilerin 657 sayılı Kanuna tabi memur statüsünde görev yapıp yapmadıkları hususunun araştırılması gerekir. Çünkü bu kişiler aleyhine açılan davalarda farklı prosedürler işletilmektedir. Kamuda çalışan hekim, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olduğundan ve devlete ait bir kurumda kamu görevlisi sıfatı ile çalıştığından hakkında doğrudan soruşturma başlatılamaz. Bu kişiler 657 sayılı Kanuna tabi iseler haklarında 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni alınması gereklidir.

Hekimin ya da tıbbi müdahalede bulunabilen diğer sağlık mesleği mensuplarının hatalı tıbbi müdahalesinden doğan yaralama neticesinde verilecek ceza Türk Ceza Kanunu'nun 89. maddesinde düzenlenmiştir. Bilinçli taksir hali hariç olmak üzere, taksirle yaralama suçunun soruşturma ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Taksirle yaralama suçlarında dava zamanaşımı süresi ise suçun işlendiği tarihten itibaren Türk Ceza Kanunu'nun 66/1-e maddesine göre, sekiz yıldır. Zamanaşımı süresinin başlaması tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden başlar. Suç eğer, neticesi hareketten ayrılabilen nitelikte ve taksirle işlenen bir suç ise zamanaşımı süresi neticenin meydana geldiği günden itibaren başlayacaktır. Dava zamanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi durumunda, dava zamanaşımı en fazla on iki yıl olabilir. Zamanaşımının kesilmesi halinde kesen neden ortadan kalktığında, zamanaşımı süresi, baştan ve yeniden işlemeye başlar.

KAYNAKLAR

AKINCI, Şahin; Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara, 1996.

AKYILDIZ/HAKERİ/ÇELİK/SOMER; Tıp Hukuku Atölyesi-I, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

ALACAKAPTAN, Uğur; Suçun Unsurları, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.

ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner; “Ötanazi”, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No.1, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2011.

AŞÇIOĞLU, Çetin; Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 1982

AŞÇIOĞLU, Çetin; Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Doktorların Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu, Cezai ve Hukuki”, Ankara, 1993.

AYAN, Mehmet; Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991.

ATEŞ, Turan; Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Nobel Tıp Kitapevleri,.

BAYRAKTAR, Köksal; Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972.

BAYRAKTAR, Köksal; “Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1, Basım Yılı: Ocak 2007.

BELGESAY, Mustafa Reşit; Tıbbi Mesuliyet, İstanbul, 1953.

BORAN, Bedia; “Aydınlatılmış Rıza”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara, 2008.

BÜYÜKBİNGÖL, Erdem; “İlacın tanımı”, Ankara Barosu II. Sağlık Kurultayı, 7-8 Kasım 2008.

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005.

ÇAKMUT, Özlem; Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003.

ÇETİN, Gürsel; “Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi”, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, Eylül 2007.

DEMİRCAN, Yusuf Tunç; “Aile Hekimliğinde Yaşanan Sorunların Hukuki Yönü”, İ.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Hekimlik Uygulamalarının Adli Tıbbi Güncellemesi Sempozyum Dizisi, No:78, S.120-135, Ekim 2012.

DERYAL, Yahya; Sağlık Hukuku Rehberi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

DEVELLİOĞLU, Ferit; Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, 1962.

DÖNMEZER, Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Ankara, Beta Yayınları, 2001.

DÖNMEZER, Sulhi; Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları,2003.

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan; Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2004.

EREN, Fikret; “Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi”, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70 inci Yaş Armağanı, Ankara, 1975.

ERMAN, Barış; Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.

ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin; Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul.

ERMAN, Sair; Mesleki İhmalden Doğan Cezai Sorumluluk, (Çev., Süheyl Donay), İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968.

ERSOY, Yüksel; “Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2004.

ERSÖZ, Kürşat; “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Mayıs 2010, Yıl: 5, Sayı: 45.

ERTAN, Şeref; “ Alman Hukukunda Hekimin Meslekî Kusurdan Sorumluluğu”, EÜHFD 1981.

GÖKCAN, Hasan Tahsin; Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

GÜLŞEN, Recep; “Hekimlerin Çocuk Düşürmede Oluşan Cezai Sorumluluğu” , II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, Kader Basımevi, 2008.

GÜNDAY, Rezzan; Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Sorumluluk, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

GÜRELLİ, Nevzat; Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1979.80.81, Cilt: 45-47.

GÜRİZ, Adnan; Hak Kavramı, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, İstanbul, Alkım Yayınları, 1997.

HAKERİ, Hakan; Tıp Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.

HAKERİ, Hakan; Tıp Hukuku El Kitabı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.

HANCI, Hamit; Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006.

HANCI, Hamit; “Hekimin Tıbbi Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Sorumluluğu”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008.

HATIRNAZ, Gültezer; Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara, 2007.

HATUN, Şükrü; “Hasta Hakları Temel Belgeler” Türkiye Tabipler Birliği Yayınları, Kasım 1995.

İÇEL, Kayıhan; Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul

İPEKÇİOĞLU, Aksoy Pervin; Cinsel Suçları Önlemede Kimyasal Kastrasyon Seçeneği, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2011, Sayı: 17.

İPEKYÜZ, Yavuz Filiz; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Yayınevi, 2006.

KAPANI, Münci; “Kamu Hürriyetleri”, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1972, s.6.ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Haziran 2010.

KARA, Mithat; HIZAL,Abdullah; HIZAL, Sevinç Arslan, “ Aydınlatılmış Onam”, İzmir, İzmir Tabip Odası Yayını, 2009.

KARATAŞ, Mehmet / Cengiz Yakıncı; “Tıbbi Hata Nedenleri ve çözüm Yolları”, İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Ağustos 2010, Yıl: 17, Sayı: 3.

KEYMAN, Selahattin; Hukuka Giriş, 3. Baskı, Ankara, 2005.

KIZILYEL,Serkan;“İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Yükümlülüğü”, Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara, 1-3 Kasım 2007), Ankara, 2008.

KOCA, Mahmut / İlhan Üzülmez; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008.

KOCATÜRK, Utkan; Tıp Terimleri El Sözlüğü , Ankara, 1989.

KÖPRÜLÜ, Ömer; “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, İBD., Y.1984, C.58, S.10-11-12.

KAYAER, Nebahat; “Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu” , Doktora Tezi, İzmir, 2012.

MERAN, Necati; Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2005.

ÖNDER, Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III, İstanbul 1992.

ÖZALP Faruk/ ÖZALP Tuba; Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

ÖZAY, Merter; Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Basımevi, 2006.

ÖZCAN, Işık Funda; “Tıbbi Müdahalede Aydınlatılmış Onam”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

ÖZDEMİR, Hayrünnisa; Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, 2004.

ÖZDEMİR, Hayrinüsa; “Üreme Merkezlerinin Yapay Döllenmelerden Dolayı Hukuki Sorumluluğu Hukuk, Ekonomi ve Siyasasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Şubat 2013, Sayı 130.

ÖZEK, Ç; “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumlulukla İlgili Temel Prensipler”, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecbuası, İstanbul, C.29, S.1,

ÖZGENÇ, İzzet; “Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk”, Hüseyin Ülgen’e Armağan, Yıl: 2007, Cilt: 2, Sayı: 2.

ÖZPINAR, Berna; “Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluğun Türleri”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım, 2007 Ankara, Ankara, 2008.

ÖZSUNAY, Ergun; “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu,

Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mart, 1982.

ÖZTÜREL, Adnan; “Transseksüalizm ile Hermafrodizmde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 38, Ankara, 1981.

ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa; “Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku”, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008.

ÖZTÜRKLER, Cemal; Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

ÖZSUNAY, Ergun; “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler” V. Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mart, 1982.

PETEK, Hasan; “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:8, S:1, 2006.

POLAT, Oğuz; Tıbbi Uygulama Hataları, Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları, Ankara, 2005.

POLAT, Oğuz; Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

REİSOĞLU, Seza; “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 1-18.

Sağlık Hukuku Makaleleri; İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012.

Sağlık Hukuku Makaleleri II; İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012.

SAVAŞ, Halide; Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara, 2007.

SAVAŞ, Halide; Yargıya Yansıyan Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013

SAVAŞ, Halide: “Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, 2008.

ŞAHİN EKİCİ, Meral; Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012.

ŞATIR, Nejdet; Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.

SÜTLAŞ, Mustafa; Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul, 2000.

ŞENOCAK, Zarife; Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2001, Cilt: 50, Sayı: 4.

TANERİ, Gökhan; Hasta ve Hekim Hakları ile Uygulamadan Örnek Hükümlerle Hekim Ceza Sorumluluğu, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015.

TAŞKIN, Cankat; “Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2008, Yıl: 21, Sayı: 77.

TAŞKIN, Ozan Ercan; “Ceza Hukuku Bakımından Yasal Olmayan Tıbbi Müdahale”, Eskişehir Barosu Dergisi, Şubat 2005, Sayı: 6.

TEMEL, Erhan; “Hadımlaştırma Operasyonlarından Dolayı Alman Hukukunda Sorumluluk” AB III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, Mayıs 2010.

TEMEL Erhan; “Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, II. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara,7-8 Kasım 2008)”, Ankara, 2009.

TEKİNAY, Sulhi Selahattin; Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul, 1992.

Tıp Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Yıl 2012, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012.

TOROSLU, Nevzat; “Ceza Hukukunda Zaruret Hali”, Ankara, AÜHF Yayınları, 1968.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük; “ Türk Tarih Kurumu Yayınları”, Ankara, 1988.

TÜRKAN, Hülya; TUĞCU, Harun; “2000-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları”, Gülhane Tıp Dergisi, C.46, S.3,2004.

YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul,Vedat Yayınevi, 2006.

YENERER ÇAKMUT, Özlem; Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, 2003.

YENERER ÇAKMUT, Özlem; “Tıbbi Müdahalede Bulunacak Hekimin Ceza Hukuku Açısından Sorumluluğu”, Legal Hukuk Dergisi, 2003 Şubat, C. 1, S. 2.

YENERER ÇAKMUT/ Özlem; ÇAKMUT, Alp; “ Taksir Kavramı”, İstanbul Barosu Dergisi C.76, 2002.

YETİM, Servet; “ Kasten Yaralama Suçları Bağlamında Adli Tıp Açısından Duyu ve Organ İşlevinin Sürekli Zayıflaması ve Yitirilmesi Ayrımı”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İÜ Adli Tıp Enstitüsü, 2006.

YURTCAN, Erdener; Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1985.

ÜNVER, Yener; “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C.III, S.2, Y.2006.

ÜNVER, Yener; “Tıbbi Riskin Ceza Hukuku Görünümü” Uluslararası Katılımlı 3. Ulusal Tıp Etiği Kongresi, Kongre Kitabı, C.1, Bursa, 2003.

ÜNVER Yener; “İnsan Üzerinde Deney Deneme Suçları”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2007.

ÜNVER, Yener; “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C.III, S.2, 2006.

YILMAZ, Battal; Açıklamalı İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2007.

ZAFER, Hamide; “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Sağlık Hakkı İle İlgili Düzenlemeler”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2007.

ZAFER, Hamide; Ceza Hukuku Temel Hükümler, İstanbul, Beta Yayınları, 2010.

ZEVKLİLER, Aydın; “Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Diyarbakır, Y. 1983, S. 1.