



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SAĞLIK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

**ÜLKEMİZDE SAĞLIK ÇALIŞANLARININ VE SAĞLIK
KURUMLARININ TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN CEZAI
SORUMLULUĞU**

HALİDE SAVAŞ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

SAĞLIK KURUMLARI YÖNETİCİLİĞİ
ANABİLİM DALI

DANIŞMAN
Doç. Dr. Ayşe Nuhoğlu

İSTANBUL, 2006

ÖNSÖZ VE TEŞEKKÜR

“ Ülkemizde sağlık çalışanlarının ve sağlık kurumlarının tıbbi müdahaleden doğan cezai sorumluluğu ” konulu tezimizde, tıbbi sorumluluğun ceza hukuku boyutu, sağlık ve hukuk bilimleri çerçevesinde irdelenmiştir.

Hukuk ve tıp bilimlerinin birleştiği bir kompozisyon oluşturmak amacıyla, sağlık hukuku ve tıbbi sorumluluk konusunda yaşanan eksiklik hissedilerek başlanan bu çalışmanın, sağlık kurumları yöneticileri ve diğer bütün ilgililer açısından faydalı olmasını umuyoruz .

Tezimizde, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu ile getirilen sistemin, sağlık çalışanlarını ve sağlık kurumlarını nasıl etkileyeceği ceza uygulaması da dikkate alınarak, Yüksek Mahkeme Kararları ve ceza hukuku doktrini çerçevesinde anlatılmaya çalışılmıştır.

Tezimizin oluşturulmasında destek ve yardımlarını esirgemeyen başta Anabilim Dalı Başkanım Prof. Dr. Atıf AKDAŞ, tez danışmanım Doç. Dr. Ayşe NUHOĞLU, hocam Prof. Dr. Haydar SUR ve bölümümüz araştırma görevlisi Tülay AYTEKİN AKTAŞ olmak üzere herkese, çok teşekkür ediyor; saygılar sunuyorum.

Bu zamana kadar almış olduğum sağlık, hukuk ve sağlık kurumları yöneticiliği alanlarındaki eğitimlerimi, sağlık mesleği ve avukatlık mesleği tecrübelerimi, günümüz doktrin ve uygulaması ile harmanlayarak oluşturmaya gayret ettiğim bu çalışmanın, sağlık ve hukuk bilimleri açısından faydalı olmasını diliyorum.

Halide Savaş

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ VE TEŞEKKÜR.....	I
İÇİNDEKİLER.....	II
ÖZET.....	1
SUMMARY.....	2
GİRİŞ VE AMAÇ.....	3

GENEL BİLGİLER

SAĞLIK ÇALIŞANLARININ TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN CEZAİ SORUMLULUĞUNUN İNCELENMESİ

1.BÖLÜM

SUÇ KAVRAMI VE UNSURLARI

1.Genel Bilgiler.....	5
2.Kanuni Unsur.....	6
3.Maddi Unsur.....	10
A.Hareket.....	11
I. İcrai Suç.....	12
II. İhmali Suç.....	12
1. İhmal Kavramı.....	12
2. İhmali Suçların Çeşitleri.....	15
2.1. Saf İhmali Suçlar.....	15
2.2. Garantörsel İhmali Suçlar.....	16
2.3. Saf İhmali Suçlar Ve Garantörsel İhmali Suçlar Arasındaki Farklar.....	17
3. Garantörsel (Nitelikli) İhmali Suçlar.....	19

3.1.Garantörlük.....	19
3.1.1. Klasik Ayrım – Şekli Kıstas.....	20
3.1.2. Modern Ayrım – Maddi Kıstas.....	20
3.1.2.1. Gönüllü Üstlenme.....	21
3.1.2.2. Doktorun Gönüllü Üstlenmeden	
Kaynaklanan Garantörlüğü.....	22
3.2.Denklik.....	27
4. İhmali Suçlarda Kast.....	28
5. İhmali Suçlarda Taksir.....	29
6. İhmali Suçlarda Beklenebilirlik.....	31
7. İhmali Suçlarda Hata.....	31
7.1. Neticeyi Önleme Olanağında Hata.....	32
7.2. Emir Hatası.....	32
7.3. Nedeninde Serbest İhmal.....	33
8. Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi.....	33
B. Netice.....	37
C. Nedensellik Bağı.....	38
4. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	42
A. Hukuka Uygunluk Sebepleri.....	45
I. Kanun Hükmünü İfa.....	45
II. Amirin Emrini İfa.....	47
III. Görevin İfası.....	48
IV. Meşru Savunma Ve Zorunluluk (İztırar) Hali.....	49
V. Hakkın İcrası.....	50
VI. İlgilinin Rızası.....	53
1. Rıza Açıklamaya Ehliyet.....	54
2. Rıza Açıklaması.....	56
3. Rıza Açıklamasının Konusu.....	57
B. Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması	59
5. Manevi Unsur.....	60
A. İsnad Yeteneği.....	60
B. Kusurluluk.....	63
I. Kast.....	64

1. Bilme Unsuru.....	64
2. İsteme Unsuru.....	68
2.1. Doğrudan Kast.....	68
2.2. Dolaylı (Olası) Kast.....	71
2.3. Kanaatimiz.....	74
3. Yargıtay Kararlarında Olası Kast.....	75
4. Suçun Çeşitli Aşamalarında Kastın Durumu.....	78
II. Taksir.....	79
1. Taksirin Unsurları.....	81
1.1. Fiilin Taksirle İşlenebilen Bir Suç Olması.....	81
1.2. Hareketin İradeliği.....	82
1.3. Neticenin İradi Olmaması.....	83
1.4. Hareketle Netice Arasında Nedensellik Bağının Bulunması.....	84
1.4.1. Üçüncü Kişinin Hareketi.....	84
1.4.2. Mağdurun Hareketi.....	85
1.5. Neticenin Öngörülebilmesi.....	87
1.6. Dikkat Ve Özen Yükümünün Yerine Getirilmemesi.....	89
2. Doktor ve Diğer Sağlık Çalışanlarının Tıbbi Müdahale Sırasında Taksirle İşlediği Suçlara İlişkin Yargıtay Kararları.....	91
3. Bilinçli Taksir.....	97
III. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç.....	106
C. Kusurluluğa Etki Eden Haller.....	108
I. Kaza ve Tesadüf.....	109
II. Mücbir Sebep.....	110
III. Hata.....	111
IV. Cebir ve Şiddet.....	112
V. Korkutma ve Tehdit.....	113
D. Kusur Tespiti Açısından Yüksek Sağlık Şurası.....	114

2.BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALELERİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN SUÇUN UNSURLARI ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

I. Genel Bilgiler.....	121
II. Tıbbi Müdahalelerde Kanuni Unsurun Gerçekleşmediği Görüşü.....	123
III. Tıbbi Müdahalelerde Maddi Unsurun Gerçekleşmediği Görüşü.....	124
IV. Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Aykırılık Unsurun Gerçekleşmediği Görüşü.....	125
1. Üstün Menfaat Görüşü.....	125
2. Fiilin Toplumsal Uygunluğu Görüşü.....	127
3. Fiilin Ahlak Kurallarına, Örf Ve Adete Uygun Olduğu Görüşü.....	127
4. Fiilin İlgilinin Rızası Sebebiyle Hukuka Uygun Oluşu.....	129
4.1. İlgilinin Rızası Açısından Özellikli Olan Estetik Ameliyeler.....	135
5. Fiilin Hakkın İcrası Sebebiyle Hukuka Uygun Olduğu Görüşü.....	137
V. Tıbbi Müdahalede Manevi Unsurun Gerçekleşmediği Görüşü.....	140
1. Kastın Bulunmadığı Görüşü.....	140
2. Taksirin Bulunmadığı Görüşü.....	142
3. İzin Verilen Risk.....	142
TARTIŞMA VE SONUÇ.....	148
KAYNAKLAR.....	156

ÖZET

Tezimizde, suçun unsurları çerçevesinde, sağlık çalışanlarının tıbbi müdahaleden kaynaklanan cezai sorumluluğu ve tıbbi müdahale fiillerini hukuka uygun hale getiren sebepler incelenmiştir.

Suç kısaca, “ Kanunda tarif edilen tipe uygun, hukuka aykırı, kusurlu fiil ” şeklinde tanımlanabilir. Bir fiilin suç olması için belli unsurları içermesi gerekmektedir. Bu unsurlar doktrinde kabul gören genel görüşe göre; “ Kanuni Unsur ”, “ Maddi Unsur ”, “ Hukuka Aykırılık Unsuru ” ve “ Manevi Unsur ”dur.

Tıbbi müdahale fiillerinin suç oluşturmamasında hakkın icrası, ilgilinin rızası gibi hukuka uygunluk sebeplerinin etkili olduğu ileri sürülmüştür. Doktrindeki ağırlıklı görüş, tıbbi müdahalelerin hakkın icrası sebebiyle hukuka uygun olduğu yönünde olmakla birlikte; olağan müdahalelerde, hastanın rızası vb. diğer hukuka uygunluk sebeplerinin hakkın icrasına işlerlik kazandırdığı düşünülmektedir.

Tez çalışmamız sonucunda, sağlık çalışanlarının tıbbi müdahale fiillerinin, temelde hakkın icrası sebebiyle hukuka uygun olduğu kanaatine varmış bulunmaktayız. Sağlık çalışanlarının aldıkları eğitim ve öğretim sonucunda elde ettikleri, hukuken geçerli bir ehliyet nedeni ile vücut bütünlüğüne dokunma hakkının bulunduğunu; temel hukuka uygunluk sebebi hakkın icrası olmakla birlikte, gereken yerlerde ilgilinin rızası ve izin verilen risk sebeplerinin de kullanılabileceğini düşünmekteyiz.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Çalışanı, Sağlık Kurumu, Tıbbi Müdahale, Ceza Sorumluluğu, Suç

SUMMARY

Criminal Responsibility of Health Professionals and Health Institutions Arising From Medical Intervention in Our Country

In this thesis, I have examined, in the context of offence elements, the criminal liability of medical employees and the causes which make the actions of medical attention legitimate.

Crime, can be defined briefly as “unlawful, wrongful act as per to the type defined in law.” For an action to be considered as a crime, it needs to include certain elements. According to the commonly accepted view in the jurisprudence, these elements are Legal Element, Material Element, Illegality Element and Moral Element.

The causes of Conformity to law, such as execution of right, consent of the concerned, are advanced to be effective for the actions of medical attention as not constituting a crime. Though the received view in the jurisprudence is that the medical attentions are conforming to law due to the enforcement of right; in the normal attentions, the consent of patient is considered to have brought about operability to law.

As an outcome of this thesis, we arrived at the conclusion that actions of medical attention are conforming to law due to the execution of right. We are also of the opinion that medical employees have the right to attend to the body integrity on grounds they acquired a legitimate competency after education and training; though the basic conformity to law cause is the enforcement of right, where required, with the consent of the concerned, the risk causes can be employed.

Keywords: Health Professional, Health Institution, Medical Intervention, Criminal Responsibility, Crime

GİRİŞ VE AMAÇ

“ Ülkemizde sağlık çalışanlarının ve sağlık kurumlarının tıbbi müdahaleden doğan cezai sorumluluğu ” konulu tezimizde, tıbbi müdahale fiillerinden kaynaklanan cezai sorumluluk, doktrin, mer’i mevzuat ve Yüksek Mahkeme uygulaması çerçevesinde irdelenmiştir.

Başta doktorlar olmak üzere sağlık çalışanlarının çoğunluğu, mesleklerini icra ederken hastanın ruh ve beden bütünlüğü üzerinde etkili eylemlerde bulunmaktadır. Hastalığın önlenmesi, teşhisi, tedavisi ve vücut bütünlüğü ile ilgili diğer istenmeyen durumların ortadan kaldırılması amaçlarıyla yapılan tıbbi müdahaleler sırasında ve sonrasında olumsuz durumlar oluşabilmektedir. Meydana gelen bu olumsuz durumlardan dolayı, müdahaleyi icra edenlerin çeşitli sorumlulukları gündeme gelmektedir. Sağlık çalışanlarının tıbbi müdahaleden dolayı etik ve sosyal sorumluluğunun yanında ceza sorumluluğu, tazminat sorumluluğu ve disiplin sorumluluğu da mevcuttur.

Sağlık hizmetlerinin temelini oluşturan tıbbi müdahale fiillerinin icrası sırasında ve sonrasında oluşan ölüm, sakat kalma ve yaralanma gibi hallerde, fiili icra eden sağlık çalışanının ve sağlık çalışanının bağlı olduğu sağlık kurumunun, ne sebeple ve ne şekilde sorumlu olduğu konusu oldukça önemli bir konudur. Bu sebeple tezimizde bu konuyu incelemeye karar vermiş bulunmaktayız.

Tezimizin konusu “ Sağlık çalışanlarının ve sağlık kurumlarının tıbbi müdahaleden doğan cezai sorumluluğu ” olmakla birlikte, bu konunun kapsamının geniş olması ve tezimizde bilimsel bir netlik elde edilmesi amacıyla konunun, belirli bir kısmı üzerinde çalışılmıştır.

Tezimizde sağlık çalışanının tıbbi müdahaleden doğan cezai sorumluluğu incelenmiştir. Sağlık kurumunda çalışanların tıbbi müdahale fiilleri sebebiyle oluşacak kurum sorumluluğunun temeli de böylelikle ortaya konmaya çalışılmıştır.

Sağlık çalışanlarının tıbbi müdahaleden doğan cezai sorumluluğunun anlaşılabilmesi, tıbbi müdahale fiillerinin suç oluşturması için gerekli unsurların bilinmesi ile mümkündür. Bu nedenle tezimizde öncelikle suçun unsurları yönünden inceleme yapılmıştır.

Suçun oluşması için gerekli unsurlar anlatıldıktan sonra, bu unsurlar çerçevesinde tıbbi müdahale fiillerinin suç olmasını engelleyen sebeplerin ne olduğu incelenmiştir. Tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren çeşitli sebepler irdelenmiş ve araştırmalarımız sonucunda tarafımızda oluşan görüş açıklanmıştır.

Ceza hukuku doktrini ve Yargıtay uygulaması çerçevesinde, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu da dikkate alınarak yaptığımız bu çalışmada amacımız; sağlık çalışanlarının mesleklerini icra ederken gerçekleştirdikleri fiillerin suç oluşturması hallerini tespit ederek, sağlık çalışanları ve sağlık kurumlarını, cezai sorumlulukları konusunda bilgilendirmektir.

Tezimizde, suçun unsurları üzerinde açıklamalar yapılmış, sağlık mesleği mensubuna mahsus suçlara tek tek değinilmemiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 280.maddesinin 2.fıkrasında “Sağlık Mesleği Mensubu” ifadesinin Ceza Kanunu çerçevesinde neyi ifade ettiği açıklanmış ve Kanun'un özel kısmında sağlık mesleği mensubuna mahsus suçlar ihdas edilmiştir. Bu suçların bazıları tezimizde, konuların anlaşılması için verilen örneklerde ismen zikredilmiş ama açıklama yapılmamıştır.

Tez çalışmamızda, sağlık çalışanlarının tıbbi müdahale fiillerinin icrası sırasındaki şahsi sorumlulukları ve çalıştıkları kurumun sorumlulukları yönünden dikkat edilmesi gereken hususlar anlatılarak bir bakış açısı oluşturmaya çalışılmıştır.

GENEL BİLGİLER

SAĞLIK ÇALIŞANLARININ TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN CEZAİ SORUMLULUĞUNUN İNCELENMESİ

1.BÖLÜM

SUÇ KAVRAMI VE UNSURLARI

1. Genel Bilgiler

“ Kanunsuz suç ve ceza olmaz. ” ilkesine göre, suç ve ceza ancak yasayla konulabilir. Bu ilke, Anayasa’nın 38. maddesinde “ Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. ” şeklinde yer almaktadır (15, 10,13) .

Bir kişinin ceza sorumluluğunun doğabilmesi için şahsın, kanunda suç olarak tanımlanmış bir fiili gerçekleştirmiş olması gerekir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, “ Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. ” (2) . Bu maddedeki “ kimse ” kelimesi, hiç şüphe yok ki, sağlık çalışanını da kapsamaktadır. Sağlık çalışanının tıbbi müdahaleden doğan ceza sorumluluğunun varlığı için kanunun açıkça suç saydığı bir fiilin işlenmiş olması gerekir.

Türk Ceza Kanununda “ suç ”un genel olarak tanımı yapılmamakta, her bir suç tipi ayrı ayrı tanımlanmaktadır. Zira suçun söz konusu olabilmesi için işlenen fiilin kanundaki tarife uygun olması gerekir. Bir fiilin Ceza Kanunu’nu ihlal etmediği halde suç sayılması, Suç Ve Cezada Kanunilik Prensibi ve Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesi gereği mümkün değildir (15, 10,3) .

Suç, “ Sorumlu bir kimse tarafından, müspet veya menfi bir hareketle meydana getirilen ve ceza tehdidini taşıyan bir kanunda yer alan, tarife uygun bulunan hukuka

aykırı bir fiil ” olarak tanımlanmıştır (15) . Kanundaki tipe uygun olan, hukuka aykırı ve kusurlu fiiller suç olarak nitelendirilmiştir (27,3) .

Öncelikle suçun, hangi unsurların varlığı halinde gerçekleştiğini ortaya koymak gerekir. Bir suçun varlığı için birden fazla unsurun bulunması gerekir. Suçun oluşması için zorunlu olan şartlara suçun unsurları (öğeleri) adı verilir. Unsur yoksa ya da birisi eksikse suç da yoktur (43) . Her suçta bulunması gereken unsurlara “ Suçun Genel Unsurları ” adı verilir. Bir eylemin suç sayılması için bulunması gerekli genel unsurların neler olduğunu belirleyen ve bunları inceleyen teoriye “ Suç Genel Teorisi ” denilmektedir (15, 27, 10, 13, 43, 3) .

Türk doktrinde Erem, suçun yapısını, objektif ve subjektif olarak ikiye ayırmış ve suçun objektif yapısına hareket, netice, nedensellik bağı; subjektif yapısına kast, taksir, ceza ehliyetini dahil etmiştir (20) .

Öğretide suçun genel unsurları çoğunluk tarafından, Kanuni Unsur, Maddi Unsur, Hukuka Aykırılık Unsuru, Manevi Unsur başlıkları altında dört unsur olarak incelenmektedir (15,43,3) . Manevi unsuru kusurluluk olarak isimlendiren yazarlar da bulunmaktadır (13,10) . Demirbaş ise suçun unsurlarını tipe uygun fiil, hukuka aykırılık ve kusurluluk şeklinde üçe ayırarak incelemektedir (13) .

Suçun varlığı için gerekli olan unsurları çoğunluğun kabul ettiği şekilde dörde ayırarak, konumuz dahilinde tek tek açıklayalım .

2. Kanuni Unsur

Kanuni unsur, suç niteliğindeki fiilin kanunda tanımlanmış olması anlamına gelir . Bir suçun varlığından söz edilebilmesi için yazılı bir düzenleme gereklidir ki , bu yazılı düzenleme kanundur (15,43) .

Dönmezer - Erman’a göre, “ Kanuni unsurun ilk şartı, işlenen fiilin ceza hukukunda kaynak değerini haiz olan bir metinde daha önce tarif edilmiş olmasıdır. İkinci şartı ise, fiilin bu tarife uygun olmasıdır ”. Yazar, kanuni unsurun ön şartı olarak, suçun “ Ceza hukukunda kaynak değerini haiz bir metin ”de tarif edilmiş olmasını aramaktadır (15). “ Kaynak değerini haiz bir metin ” ifadesiyle ne kastedildiğini anlayabilmek için ceza hukukunun kaynakları konusunu irdelemek gerekir .

Dönmezer-Erman ceza hukukunun kaynaklarını, doğrudan doğruya kaynaklar ve dolayısıyla kaynaklar olarak ikiye ayırmıştır: Doğrudan doğruya kaynakları, kanun,

yürütme organının düzenleme yetkisi sonucu meydana getirdiği metinler (tüzükler, kararnameler, yönetmelikler, kararlar, sirküler, genelgeler, tebliğler) ; dolayısıyla kaynakları ise örf ve adet, ahlak, mahkeme içtihatları, doktrin olarak belirlemiştir. Yazara göre, yürütme organının düzenleyici işlemlerle suç yaratabilmesinin kabul edilmesi halinde, mutlaka bir kanunun bu hususta niyabet vermiş olması ve kanunun cezayı da -hiç olmazsa belli sınırlarını belirterek- açıkça göstermiş bulunması gerekir (15) .

Doktrinde, yürütme organının düzenleyici işlemlerle suç yaratılabilmesi ihtimali düşünülmüşse de, yasama organı dışındaki bakanlar kurulu, bakanlıklar gibi organlar tarafından kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle suç yaratılması Anayasa ve Türk Ceza Kanunu çerçevesinde mümkün değildir .

“ 1982 Anayasasına göre TBMM Bakanlar Kurulu’na Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi verebilir (Anayasa md.91) . ”. Ancak bu yetki, temel haklar, kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevler yönünden geçerli değildir. Anayasa, sıkı yönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak koşuluyla temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesini yasaklamıştır (15,10) .

Görüldüğü üzere, Anayasa ile Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmiş; ancak temel hak ve özgürlükler alanı bu yetkinin dışında bırakılarak, kişi hak ve özgürlükleri konusunda kanun hükmünde kararname çıkarılması yasaklanmıştır. Anayasal normla getirilen temel hak ve özgürlükler alanındaki bu yasak, idarenin diğer düzenleyici işlemleri için de geçerlidir. Bu durumdan, hiyerarşide kanun hükmünde kararnamenin altında bulunan, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılamayacağı anlaşılmaktadır .

Ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Amaç” maddesi olan 1. maddesinde “ ...kişi hak ve özgürlüklerini korumak...” ceza kanunun amaçları arasında sayılmıştır . Kanun’un 2. maddesinin 2. fıkrasında da, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamayacağı açıkça belirtilmiştir. Kişi hak ve özgürlüklerinin kanunun amaç maddesine uygun olarak nasıl güvence altına alınacağı madde gerekçesinde , “ Kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. Aynı şekilde, suç işlenmesi dolayısıyla verilecek

ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkumiyetin hukuki sonuçları ve bu yaptırımların süre ve miktarlarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur. ” şeklinde açıklanmıştır .

Anayasa Mahkemesi’nin 2004 tarihli aşağıda bahsedilen kararında idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamayacağı hüküm altına alınmıştır .

5225 sayılı Kültür Yatırımları Ve Girişimlerini Teşvik Kanunu’nun 12. Maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesindeki, “... ve bu Kanun’un uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere aykırı hareket edenlere diğer mevzuattaki ceza hükümleri saklı kalmak kaydıyla aşağıdaki bentlerde belirtilen uyarma, para ve belge iptali cezaları uygulanır. ” şeklindeki ifadenin, Anayasa’nın 38. maddesinde belirtilen ‘kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesine ve Anayasa’nın 11. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi bu Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla ilgili olarak 2 Aralık 2005 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan kararında, sözkonusu kanunda düzenleyici işlemle idareye suç ve ceza yaratma yetkisi verilmediğini, kanun maddesinde suç ve cezalar açıkça belirtildikten sonra uygulamaya ilişkin uzmanlık gerektiren konularda yürütme organına yetki verildiğini ve bu nedenle Anayasa’ya aykırılığın sözkonusu olmadığını belirterek iptal istemini reddetmiştir (2004/84E., 2004/124K., 8.12.2004 tarihli karar) (www.kazanci.com.tr) .

Suç ve cezanın ancak kanunla koyulabileceği kuralının anlaşılması yönünden söz konusu Anayasa Mahkemesi kararının detaylarına bakmakta fayda vardır . Anayasa Mahkemesi kararının detayları şöyledir :

“ 5225 sayılı Yasa’nın 12. maddesinin ilk fıkrasında, ‘ Bu Kanuna ve bu Kanun’un uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere aykırı hareket edenlere diğer mevzuattaki ceza hükümleri saklı kalmak kaydıyla aşağıdaki bentlerde belirtilen uyarma, para ve belge iptali cezaları uygulanır.’ denilmekte, bu cezaları gerektirecek eylemler ile bunlara uygulanacak cezanın tür ve miktarı da maddede ayrıca belirtilmektedir. Maddede, yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemler ile bunlara ilişkin cezaların tür ve miktarı açıkça belirtilerek suç ve cezanın yasayla düzenlenmesi gereği yerine getirilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan ve iptali istenen “... ve bu Kanun’un uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere ...” ibaresi ile idareye, suç ve ceza oluşturma yetkisi verilmemiştir. İdareye düzenlemesi için bırakılan husus, Yasa’da sayılan

uyarma, para ve belge iptali cezalarının uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesidir.

Yasa koyucu tarafından suç oluşturan eylemin ve suçun unsurlarının saptanmasından, cezasının da yasada açıkça belirlenmesinden sonra uygulamaya yönelik olarak, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin ayrıntıların belirlenebilmesi için yürütme organına yetki verilmesi, düzenleyici işlemlerle suç ve ceza oluşturma anlamına gelmeyeceğinden suç ve cezada yasallık ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Açıklanan nedenlerle, 5225 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan '... ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere ...' ibaresi, Anayasa'nın 11. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir. ” (www.kazanci.com.tr) .

5237 Türk Ceza Kanunu'nun 2.maddesinin komisyon gerekçesinde “ Suç ve Cezada Kanunilik ” ilkesi konusunda şu şekilde açıklama yapılmıştır : “Anayasamızda da ifade edilen ve evrensel nitelikteki “ Kanunsuz suç ve ceza olmaz ” ilkesinin gereği olarak suçların tanımlanması ve ceza hukuku yaptırımları koyma yetkisine sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi sahiptir. Bireyin maddi ve manevi varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır. ” (2) .

“ Suç ve cezada kanunilik ” ilkesinin suç niteliğindeki fiilleri kapsadığı, kabahat niteliğindeki fiilleri kapsamadığı ilkenin isminden de anlaşılmaktadır. 765 sayılı eski Ceza Kanunu suçları, cürümler ve kabahatler olarak ikiye ayırmıştı. 2005 yılında yapılan değişiklikle kabahatler (emre aykırı davranış, dilencilik, sarhoşluk, gürültü, kimliğini bildirmeme vb. fiiller) ceza kanunundan, dolayısıyla suç olmaktan çıkarılmış ve ayrıca bir Kabahatler Kanunu ihdas edilmiştir.

5326 sayılı ve 30.03.2005 tarihli Kabahatler Kanunun 2.maddesine göre, kabahat deyiminden, kanunun karşılığında idari yaptırım uygulamasını öngördüğü haksızlık anlaşılır. Yani kanun kabahatleri, suç niteliği olmayan haksızlık olarak belirtmektedir. Suç bir ceza normu ile korunan hak ve menfaattir. Kabahatler ise idari yaptırımlarla korunan hak ve menfaatlerdir (2).

Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinde, “ Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi ; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleri ile doldurulabilir. ” denilmekle idareye, kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğini doldurmak şeklinde, kabahat ihdas etme yetkisi verilmiştir. Ancak burada belirtilen fiiller kabahat olduğundan, yaptırımlar da idari yaptırım niteliğindeki idari para cezası ve idari tedbirlerdir, ceza ve güvenlik tedbirleri değildir. Kabahatler Kanunu'na göre idari yaptırım kararı verme yetkisi, kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşunun en üst amirine verilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise, suç karşılığında uygulanacak cezalar, 45. maddede hapis cezası ve adli para cezası olarak ; tedbirler 53. maddeden başlayan ikinci bölümde “ Güvenlik tedbiri ” olarak belirtilmiştir.

Dönmezer - Erman'ın kanuni unsurun ilk şartını, işlenen fiilin ceza hukukunda kaynak değerini haiz olan bir metinde daha önce tarif edilmiş olması olarak ; ikinci şartını ise, fiilin bu tarife uygun olması olarak tespit ettiğini belirtmiştik (15) .

“ Tipiklik ” olarak da isimlendirilen kanuni unsur, işlenen fiilin ceza kanununda suç olarak tarif edilmiş olmasıdır (15,1,3) . Bir fiilin suç oluşturabilmesi için, öncelikle dış alemde değişiklik meydana getiren hareketin ceza kanunundaki tarife yani model veya tipe uygun olması gerekir. Böyle bir uygunluk bulunmadığı zaman suçun kanuni unsurunun bulunmadığı ve yapılan hareketin suç olarak vasıflandırılmasının imkansız olduğu kabul edilir (15,3) .

3. Maddi Unsur

Maddi unsur dendiğinde yasal tanıma uygun fiil akla gelir (15). Suçtan söz edilebilmesi için failin olumlu yada olumsuz bir davranışının bulunması, bu davranışın dış dünyada bir değişikliğe neden olması ve gerçekleştirilen davranış ile dış dünyadaki değişiklik arasında bir bağlantı olması gerekir (10) .

Maddi unsuru oluşturan üç öge : Hareket, netice ve hareketle netice arasındaki nedensellik bağlantısıdır (15,31,1,10,3) .

Hareket, neticeye sebep olan iradi davranış tarzıdır (15, 3, 31) . Hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliğe netice denir (15,1,3) . Bu değişiklik bir zarar, tehlike yada hukuki ihlal şeklinde olabilir. Hareketin dış dünyada meydana getirdiği

değişiklik olan netice suç tipine, suçun kanundaki tanımına uyuyorsa ceza hukuku bakımından değer taşır (15,1,3). Dış dünyada meydana gelen değişikliğin bir kimseye yüklenebilmesi için söz konusu neticenin o kimsenin hareketinden meydana gelmesi gerekir (15). Diğer bir deyişle hareketle netice arasında bir nedensellik bağlantısı, bir sebep sonuç ilişkisi bulunmalıdır (15). Şayet böyle bir ilişki yoksa neticenin faile yüklenebilmesi mümkün değildir (3).

Maddi unsuru oluşturan hareket, netice ve hareketle netice arasındaki nedensellik bağlantısı öğelerini konumuzla ilişkilendirerek açıklayalım :

A. Hareket

“ İradenin dış alemde açığa vurulmasını sağlayan her şey harekettir. ” (15). İnsanın davranış tarzı olarak da tanımlanabilen hareketin ortaya çıkış tarzının, müsbet veya menfi olması önemli değildir. Yardım etmek için elini uzatmayan, ilacı vermeyen kişi sadece o şahsın ölümünü istediği için değil, aynı zamanda elini uzatmadığı; ilacı vermediği ve böylece ölüme sebep olduğu için de cezalandırılacaktır (31) .

Hareketi, “ İradi olarak gerçekleştirilen icrai yada ihmali bir davranışla kanunun ihlal edilmesi ” şeklinde tanımlamak mümkündür. Ceza hukuku açısından ise hareket, “ Kanunun suç saydığı neticeye sebep olan veya neticeyi gerçekleştirmeye yönelik olan iradi eylem ” olarak tanımlanabilir (15,10) .

Hareketin özelliklerine göre suçları şu şekilde ayırabiliriz :

Hareketin sayısına göre suçları, tek hareketli, birden fazla hareketli, seçimlik hareketli, itiyadi suçlar şeklinde ; hareketin önemine (kanunda belirtilmesine) göre suçları, serbest hareketli suçlar ve bağlı hareketli suçlar şeklinde ; hareketin şekline göre suçları, icrai suçlar, ihmali suçlar ve ihmal suretiyle icra suçları şeklinde belirlemek mümkündür (15,13,3) .

Bu konuda ihmali suçlar ve ihmal suretiyle icra suçları konumuz bakımından önem taşıdığı için sadece hareketin şekline göre yapılan ayırıma değineceğiz.

Hareketin şekline göre suçlar, icrai (aktif) ya da ihmali (pasif) olabilir . Hukuki açıdan müspet bir hareketle işlenen suça icrai suç, menfi bir hareketle işlenen suça ihmali suç denir (15) .

Eğer “ Hareket bulunmasaydı suç niteliğindeki netice de meydana gelmezdi. ” diyebiliyorsak müsbet hareket; “ Hareket bulunsaydı suç niteliğindeki netice meydana

gelmezdi. ” diyebiliyorsak, menfi hareket söz konusudur. Bir şeyi yapmaya müsbet hareket, yapmamaya menfi hareket denilmektedir (31) .

I. İcrai Suç

İcrai hareketle işlenen suçlara icrai suçlar denir. “ İcrai hareket, kanunun işlenmesini menettiği bir fiili işlemektir.” (15). Kanunun koyduğu bir hareket yasağının ihlali, yapılması yasaklanan fiillerin yapılması şeklinde oluşan suçlar, icrai suçlardır (31). Kanunun yasakladığı netice müsbet bir hareketle meydana getirildiğinde icrai suç oluşur (15,1,13,10,3).

Örneğin, 5237 sayılı Kanun’un 136. maddesindeki “ Kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme , yayma ve ele geçirme ” suçu icrai bir suçtur. Bu maddeye aykırı hareketle, hastaya ait kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkasına veren , yayan veya ele geçiren sağlık çalışanı icrai suç işlemiş olur.

II. İhmali Suç

İhmali hareketle işlenen suçlara ihmali suçlar denir. “ İhmali hareket, kanunun işlenmesini emrettiği fiilleri işlememektir. ” Kanunun koyduğu bir emrin ihlali, yapılması emredilen fiillerin yapılmaması şeklinde oluşan suçlar, ihmali suçlardır (31,13) .

İhmali suçlarda kanunun menfi (olumsuz, pasif) bir hareketle ihlali söz konusudur (15,3). Bir kimsenin ya genel bir hareket yükümlülüğüne aykırı olarak ya da özel bir yükümlülüğe aykırı olarak belli bir hareketi yapmayı ihmal etmesi şeklinde oluşan ihmali suç (24), hukuk düzeninin “yap” dediğini yapmamak (1,10), ihmal etmektir. İhmal suçları bu anlamda durgu halinden doğan suçlardır. Durgu durmak bir şey yapmamak demektir (24).

İhmali suçlara örnek olarak, Türk Ceza Kanununun 98. maddesindeki, “ Yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ” ; 257.maddesindeki, “ Kamu görevlisinin görevin gereklerini yapmakta ihmal ve gecikme göstermesi ” suçları verilebilir (2) .

1. İhmal Kavramı

“ İhmal ”in sözlükteki anlamı “ Gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savsaklama, savsama, önem vermeme ”dir. Hukuki olarak ihmal, bir emir normunun ihlalidir (31) .

İhmalden anlaşılması gereken kişinin mevcut araçlara ve kendi yeteneğine göre yapması mümkün olan ve yapması gereken belli bir iradi hareketi yapmamasıdır (10,24). İhmale özelliğini veren negatif tavidir (43) . İhmal, beklenen hareketin hiç yapılmaması,

geç yapılması ya da kanunun gösterdiği yer dışında yapılması şeklinde de tanımlanabilir (31,15,13,24) .

İhmal kavramının, Borçlar Hukukundaki “ Vekilin özen borcu ” çerçevesinde de hemen hemen aynı anlamda olduğu görülür. Şöyle ki, Türk - İsviçre Hukukunda ihmal kavramı, “...var olan şartlara göre emredilen özenin eksikliği...” şeklinde belirlenmekte; istenmeyen zararlı sonucun meydana gelmemesi için, var olan şartlara göre gösterilmesi gereken zorunlu özenin gösterilmemesi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla fail ihmalde zararlı sonucun doğmasını önlemek için, gerekli tedbirleri almamakta, bu tedbirleri almak hususunda özensiz davranmakta ve failin bu özen eksikliği hukuk düzenince kınanmaktadır. Sonuçta ihmalin temel kurucu unsuru olarak, özen kavramı belirmektedir (22).

İhmalden söz edilebilmesi için failin, neticeyi önleyecek hareketi yapma imkanının bulunması gerekmektedir (1) . Fail hem objektif hem de subjektif olarak hareket yeteneğini haiz bulunmalıdır. Failin, hareketin gerçekleştirileceği olay yerinde olması, objektif hareket yeteneğine; failin fiziksel engeli olmaması ve neticeyi önlemesi gerektiğini bilmesi de, subjektif hareket yeteneğine örnek olarak verilebilir. Failin kurtarma hareketini fiziksel ve ruhsal durumuna göre yapabilecek durumda olup olmadığı esastır (24) .

İhmali bir hareket, emredilen hareketin gerçekleştirilmesinin fail açısından mümkün olması yani failin hareket olanağının bulunması halinde hukuka aykırıdır (43,24). İhmali suçun oluşması için somut olayda failin harekete geçmesinin beklenebilir olması da gerekir. Hareket olanağı, kişinin harekete geçmesinin mümkün olması demek iken; beklenebilirlik, hareket kabiliyeti bulunan kimseden, somut olayda harekete geçmesinin beklenip beklenemeyeceği meselesidir (1,10,24).

Ayrıca ihmali suçun oluşması için failin sadece hareketsiz kalması değil, kanunda belirlenmiş olan suçu bu hareketsiz kalma neticesinde oluşturması da gerekir (31,3). Failin hareketsiz kalması ile netice arasında nedensellik bağlantısı da bulunmalıdır.

Olumsuz hareketle işlenen suç ihmali suçtur. Ancak aktif bir hareket gibi görünen ama netice bakımından hareketsizlik doğuran bazı durumların niteliği tartışmalıdır. Örneğin, hastasına ilaç vermeyen doktorun hareketinin ihmali hareket olduğu kabul edilmekte; ancak hastanın yaşamsal faaliyetlerini sürdürmesini sağlayan aletlerin doktor tarafından kapatılmasının ihmali hareket mi, icrai hareket mi olduğu tartışılmaktadır (24).

Bu konudaki çeşitli görüşler şöyledir: “ Bockelmann bu örnekte hayata tutucu tedbirlerin ihmalinin değil, aksine icrai bir öldürme hareketinin olduğu görüşündedir. Geilen’e göre ise, makine doktorun bir nevi kolu niteliğindedir. Aletin kapatılması bir düğmeye basmak şeklinde kendini gösterdiğinden icrai bir hareket olarak kabul edilirse, bu takdirde doktor adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık doktorun hareketi, tedaviye devam etmeme şeklinde ihmali bir hareket olarak kabul edilirse doktor cezasız kalacaktır. Zira Alman öğretisinde doktorun bu tip bir olayda hastanın hayatını suni olarak uzatma hususunda bir hukuki yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir. Schneider ise bu örnekte ihmali kabul etmektedir. ” (24).

Hakeri, aktif bir faaliyetin olduğu her yerde icrai hareketin sözkonusu olduğunu ve doktorun reanimasyon aletini kapatmasının icrai bir hareket olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir (24).

Kanaatimizce, reanimasyon aletinin kapatılması icrai bir harekettir. Alet yerine doktor, suni solunum - kalp masajı yapıyor olsa idi ve hastanın hayata dönmeyeceğine bilimsel olarak kani olup kurtarma hareketlerini bıraksa idi pasif bir harekette (ihmali davranışta) bulunmuş olacaktı. Ancak dışarıdan birisi doktorun kurtarma hareketlerini yapmasını fiziki olarak engellese idi, engelleme fiilini yapan kişi icrai harekette bulunmuş olacaktı. Kurtarma hareketlerini engelleyen kişi ile reanimasyon aletini kapatan doktor arasında hareketin icrai olması açısından fark bulunmamaktadır. Fakat, kurtarma hareketlerini engelleyen kişi ile aletin kapatılmasına karar veren doktorun iradeleri açısından yani manevi unsur (kast) açısından fark vardır.

Bir oluşum sürecini başlatan kimse icrai hareket yaparken, başlamış olan sürece müdahale etmeyen kimse ise sadece olanları izlemekte ve ihmali hareket yapmaktadır (24). Örneğin, kan kaybeden kazazedeye gerekli müdahaleyi yapmayan sağlık görevlisi ihmali hareket yapıyordur .

Başlamış olan sürece müdahale etmemek ihmali hareket iken, başlamış olan kurtarıcı bir nedensel sürecin üçüncü kişi tarafından kesilmesi aktif bir harekettir (24). Örneğin, hastaya suni solunum ve kalp masajı yapan doktoru fiziki olarak engelleyerek, başlamış olan kurtarıcı süreci kesmek şeklindeki hareket, icrai harekettir.

2. İhmali Suçların Çeşitleri

Alman öğretisinde ihmali suçlar, gerçek ihmali suçlar ve görünüşte (gerçek olmayan) ihmali suçlar şeklinde ikiye ayrılmaktadır (10) .

Türk öğretisinde ise genel olarak ihmali suçlar ve ihmal suretiyle icra suçları olarak ayrılmaktadır (15) .

Biz ihmali suçları Hakeri'nin isimlendirdiği gibi, saf ihmali suçlar ve garantörsel ihmali suçlar olarak inceleyeceğiz (24).

2.1. Saf ihmali suçlar : Kanun maddesinde ihmali hareketin doğrudan tarif edildiği suç tipleri saf ihmali suçlardır (24). Kanunda yer alan genel hareket yükümlülüğüne rağmen, hareketsiz kalmak suretiyle işlenen bu suçlara doktrinde “ Sırf ihmali suçlar ”(31) da denilmekle birlikte, bu suçlar çoğunluk tarafından “ İhmali suçlar ” (15,1,13,10,3) olarak isimlendirilmektedir.

Tezimizde bu tür suçları, sadece olumsuz davranışın gerçekleştirilmesiyle suçun oluşması, ayrıca bir neticenin gerçekleşmesinin aranmaması nedeniyle saf ihmali suçlar olarak isimlendirmektediriz. Saf ihmali suçlarda suçun oluşması için, olumsuz hareketten başka bir etmen gerekmemektedir. Kanunun yapılmamasını suç saydığı hareketin yapılmamasıyla suç oluşmaktadır. Kanaatimizce bu suçlar, sadece ihmali hareketin gerçekleştirilmesiyle oluştuğundan “ İhmali hareket suçları ” olarak da isimlendirilebilirler.

Saf ihmali suç, herkes açısından geçerli yükümlülüklerin ihlali halinde söz konusudur. 5237 sayılı Kanun'un 98. maddesindeki,“ Yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ” suçu saf ihmali suçtur. Saf ihmali suçlarda, garantörlük ve denklik öğelerinin bulunması gerekmez (24) .

5237 sayılı Kanun'un 138. maddesindeki “ Verileri yok etmeme ” suçu saf ihmali bir suçtur. Bir kurumdaki kişisel verileri yok etmekle yükümlü olan görevlilerin, kanunların belirlediği süreler geçmiş olmasına rağmen verileri yok etmemesi durumunda ihmali suç oluşur. Verilerin yok edilmemiş olması suçun oluşması için yeterlidir ; başka bir sonucunun oluşması gerekmez. Bu suç verileri yok etmekle görevli kişilere mahsus olan bir saf ihmali suçtur. Burada sadece ihmali hareketin yapılması ile kanundaki tarife uygun suç oluştuğundan, ayrıca bir neticenin oluşması gerekmediğinden garantörsel ihmali suç değil saf ihmali suç oluşmaktadır.

2.2. Garantörsel ihmali suçlar (nitelikli ihmali suçlar) : Hukuki olarak bir neticeyi önlemekle yükümlü kılınan kimsenin (garantörün), neticeyi önlemesi mümkün ve beklenebilir olduğu halde neticeyi önlememesi suretiyle işlenen suçlardır (24). Doktrinde “ İhmal benzeri suç ” (10) olarak da isimlendirilen bu tür suçlar, çoğunluk tarafından “ İhmal suretiyle icra suçları ” olarak isimlendirilirler (15,1,13,3).

Kunter, ihmal suretiyle icra suçlarını, “ İcra kelimesi hareketten ayrı bir neticenin meydana gelmesini ifade ettiği için ihmal suretiyle işlenen maddi suçlar ” olarak isimlendirmiştir (31).

Hakeri bu tür suçlar için, “ suçun en belirleyici, en tipik özelliğini ortaya çıkaran ve daha anlaşılır bir ifade olan ‘Garantörsel ihmali suç’ ifadesini kullanmaktadır. Ancak bu suçların ihmali suç olduğunu ifade eden ve tipiklik noktasında icrai suçlara benzerliğini de vurgulayan “ İcra benzeri ihmali suç ” ifadesinin kullanılmasının da uygun olacağını düşünmektedir (25) .

“ Garantörsel ihmali suçlar ” ile “ Taksirli icrai suçlar ” karıştırılmaya müsait suçlardır. Taksirli suçlarda icrai hareket, dikkat ve özen yükümlülüğüne uymamak şeklindeki olumsuz davranış sonucunda olduğundan ihmali hareket gibi görünmektedir. İçel taksirli fiil olan tedbirsizliği “...belirli bir sonucun ortaya çıkmasına engel olacak önlemleri almamak” şeklinde tanımlamakta ve bu taksirli fiilin ihmali bir hareketten doğduğunu belirtmektedir (27). Örneğin, doktorun hastanın karnında makas unutması sonucunda ölüm olursa taksirle adam öldürme, ölüm olmazsa taksirle adam yaralama suçu oluşur (43). Burada dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sonucunda oluşan taksirli icrai suç söz konusudur.

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareketin ihmali olarak değerlendirilebilmektedir. Böyle durumlarda öğreti ağırlıklı olarak taksirli icrai suçu kabul etmektedir. Failin özene aykırı hareketi ile neticeye neden olması halinde, taksirle işlenen icrai suçun varlığının kabul edilmesinin sebebi ; ceza hukukunun burada, özen yükümlülüğüne ilişkin kuralların ihmalini değil, özene aykırı olan hareketi değerlendirmesidir (24). Bu suçlarda failin fiili hareketsizlik arz etmesine rağmen suçun oluşmasının sebebi, bir hareket etme yükümlülüğüne uymama ve kanunun suç olarak düzenlediği neticenin meydana gelmesine hareketsizlikle etken olmadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 83. maddesinde, ihmali davranışı icrai davranışa eşdeğer hale getiren özellik, “ Neticeyi önleme yükümlülüğü (garantörlük)” olarak belirlenmiştir. Biz de bu nedenle ihmal suretiyle icra suçlarını “ Garantörsel ihmali suçlar ” olarak isimlendirmenin uygun olduğunu düşünmekteyiz. Ayrıca kanaatimizce, niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu tür suçları “ İhmali hareketle oluşan netice suçları ” olarak da isimlendirmek mümkündür.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 26.1.2002 tarihli kararında “ İhmal suretiyle icra suçu ” olarak nitelendirdiği garantörsel ihmali suça örnek olarak görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu vermiştir. Karar, “...Suç tarihinde Çamoluk jandarma karakol komutanlığına vekalet eden sanığın Çamoluk İlçesi Kurukol mahallesine ait yayla yolunda yaralama ile biten trafik kazasından dolayı yasal işlem yapmayarak ihmal suretiyle icra biçiminde görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu işlediği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırı...”dır, şeklindedir (2001/13768E., 2001/16952K.) (www.kazanci.com.tr) .

2.3. Saf İhmali Suçlar Ve Garantörsel İhmali Suçlar Arasındaki Farklar

Doktrin saf ihmali suçlar ve garantörsel ihmali suçlar arasındaki farkları manevi ve maddi unsurlar bakımından incelemiştir.

Manevi unsur bakımından iki suç arasındaki fark, saf ihmali suçların kasten veya taksirle, garantörsel ihmali suçların ise çoğunlukla kasten işlenebilmesidir. Maddi unsur bakımından farkları ise, saf ihmali suçların neticesi harekete bitişik suçlar, garantörsel ihmali suçların neticesi hareketten ayrılabilen suçlar olmasıdır. Saf ihmali suçlarda ihmali teşkil eden menfi hareket gerçekleşir gerçekleşmez, kanunun cezalandırdığı netice de kendiliğinden ortaya çıkar. Garantörsel ihmali suçlarda ise menfi hareketten başka kanunun yasakladığı neticenin de gerçekleşmesi aranır. Saf ihmali suçlarda teşebbüs mümkün değilken, garantörsel ihmali suçlarda teşebbüs mümkündür (15,13,10,3) .

Türk Ceza Kanunu'nun 98.maddesindeki “ Yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ” suçu saf ihmali bir suçtur. Kanunkoyucu bu madde ile herkese, yaşı hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kişilere yardım etme veya bu durumda olanları ilgili makamlara bildirme yükümlülüğünü yüklemiştir. Bu kişilere karşı yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ile saf ihmali suç oluşur. Garantörsel ihmali

suçlarda ise ihmali hareketin yapılmasına rağmen suçun oluşmaması ihtimali vardır. Mağdura müdahale etmezse öleceğini öngören failin, müdahale etmemesine rağmen mağdur ölmeyebilir. Bu durumda ihmal suretiyle öldürme suçu teşebbüs aşamasında kalmış olur.

Saf ihmali suçlar emredilen hareketin yapılmaması ile gerçekleşir. Ancak garantörsel ihmali suçlarda ihmali hareketin yanı sıra tipik bir neticenin de meydana gelmesi gerekmektedir ki suç oluşsun .

Garantörlük yükümlülüğünün bulunmadığı suçlar saf ihmali suçlardır. Garantörsel ihmali suçlarda failin kanun, sözleşme yada öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan bir neticeyi önleme yükümlülüğü (garantörlüğü) bulunmalıdır. Saf ihmali suçlarda böyle bir yükümlülük gerekmemektedir.

Garantörsel ihmali suçların varlığı için icrai harekete eş nitelikte bir ihmali hareketin gerektiği kanunda belirtilmiştir. İhmali hareket yada hareketsizlik aktif bir harekete göre daha saf görünmektedir. Bir insanı suda boğarak öldürmekle, boğulan birisine yardım etmemek hiç şüphe yok ki farklı eylemlerdir (24). İhmali bir hareketin icrai bir harekete eş değer olması için kanun, neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunmasını aramıştır. Örneğin, suda boğulan kişiyi kurtarma yükümlülüğü herkese yüklenemez; ancak boğulan kişi oğlu olan baba, Medeni Kanun gereği oğlunu korumak konusunda garantör olduğundan şartlar uygunsa oğlunu kurtarmakla yükümlüdür. 5237 sayılı Kanun’a göre, neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmayan kişiyi ihmali davranışın sonucunda gerçekleşen neticeden sorumlu tutmak mümkün değildir.

Suçların cezalarının ağırlığı açısından da fark olduğunu söylemek mümkündür. Bir suçu icrai bir hareketle işlemekle, ihmali bir hareketle işlemek arasında fiilin haksızlığı ve failin kusur yoğunluğu noktalarında fark bulunmaktadır. Yine yukarıda bahsi geçen örnekteki gibi bir kimseyi suda boğarak öldürmekle, suda boğulmak üzere olan bir kimseyi kurtarmamak fiilleri bir olmadığından aynı ceza ile cezalandırılamaz (24) . Türk Ceza Kanunu’ndaki suç tipleri incelendiğinde saf ihmali suçların icrai suçlara nazaran daha hafif cezalandırıldıkları, garantörsel (nitelikli) ihmali suçların ise icrai suçlar gibi cezalandırıldıkları görülmektedir.

Hakeri’ye göre, “...saf ihmali suçlar ile garantörsel ihmali suçlar arasındaki ayırım, bunların kanun özel kısmında yer alıp almamalarına göre yapılabileceği gibi neticeyi

gerektirip gerektirmemesine göre de yapılabilir. Saf ihmali suçlar bir emre aykırılık teşkil ederken garantörsel ihmali suçların bir yasağa aykırılık teşkil ettiği de gözlemlenebilir. Garantörlüğün bulunup bulunmadığı da yardımcı olabilir. Bütün bu farklılığın arkasında yatan neden ise hukuksal yükümlülüğün farklı olmasıdır. ” (24) .

3. Garantörsel (Nitelikli) İhmali Suçlar

Garantörsel ihmali suçlarda ilke olarak icrai bir hareketle işlenebilen bir suç tipinin ihmali bir hareketle işlenmesi sözkonusudur.

Garantörsel ihmali suçlar ilgili maddi suçun tipikliğinin gerçekleşmesi ve bu suça ilişkin özel şartların bir araya gelmesi suretiyle işlenir. Bu özel şartlar, garantörlük ve denkliktir (24) .

3.1. Garantörlük

Alman Ceza Kanunu esas alınarak yapılabilecek tanıma göre garantörlük, “ Tipik neticenin meydana gelmesini önlemek konusunda hukuken yükümlü tutulmak ” demektir . Gerçekten de ihmali davranışla sebebiyet verilen bu suçlarda fail olabilecek kişiler; ancak ihlal edilen hukuki yarar ile belirli bir yakın ilişki içinde olan ve belli şekilde davranması beklenebilen kişilerdir (24). Neticeyi önlemekle yükümlü olan kişiler o netice bakımından garantör kabul edilirler. İhmali davranışla gerçekleştirilen bir fiilin, icrai davranışla gerçekleştirilen bir fiile eşit tutulabilmesi hali ağır sorumluluk gerektirdiğinden, garantör olmayan kişilere bu sorumluluk yüklenemez (10).

Kişiden belli bir davranışta bulunmasının beklenebilmesi için, kanun yada başkaca bir düzenleme ile hukuken yüklenilmiş bir yükümlülüğün (garantörlüğün) olması gerekir. Failin bu yükümlülüğe aykırı olarak olumsuz bir hareket yapması ile de garantörsel ihmali suç oluşur. Örneğin, yoğun bakımda yatmakta olan hastaya yapılması gereken iğnenin, hemşire tarafından yapılmaması ve hastanın ölmesi olayında, hemşire ihmal suretiyle icrai hareketi sonucunda suç işlemiş olur (13).

Garantörsel (nitelikli) ihmali suçun faili sadece garantör olan bir kimse olabileceğinden, bu suçlar gerçek mahsus suçlardır (24). Özgü suçlar olarak da isimlendirilen mahsus suçlar özel bir yükümlülük altında bulunan ve belli faillik niteliği taşıyan kişiler tarafından işlenebilirler (27). Mahsus suç failinin haiz olması gereken nitelikler yaş, cinsiyet gibi doğal nitelikler ya da kamu görevlisi, sağlık mesleği mensubu olması gibi hukuki niteliklerdir (16).

Ancak mahsus suçların hepsi garantörsel ihmali suç değildir. Türk Ceza Kanunu'nun “ Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi ” başlıklı 280. maddesindeki suç, mahsus suçtur ama saf ihmali suçtur. Çünkü, ihmali hareketin yapılması ile yani sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi ile suç oluşur. İhmali hareketin sonucunda ayrıca bir neticenin oluşması gerekmez. Yani neticesi harekete bitişik olan ve teşebbüsü mümkün olmayan bir suçtur. Bu nedenle de garantörsel değil saf ihmali suçtur. Ayrıca, sağlık mesleği mensubunun suçluları tespit etme konusunda bir garantörlüğü mevcut değildir. Sağlık mesleği mensubuna sadece mesleğinin icrası sırasında suç işlemiş bir kişiye rastlarsa suçu bildirme yükümlülüğü yüklenmiştir. Aksi halde sağlık mesleği mensupları hasta ve yaralıları tedavi etmek yerine suçluları yakalamakla yükümlü olacaklardır ki, bu da kabul edilemez bir durumdur.

5237 sayılı Kanun'un 83. maddesinde garantörlük: kanun, iradi üstlenme ve öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü olarak belirlenmiştir. Garantörlük, 83.madde çerçevesinde garantörsel ihmali suçların tipiklik unsuruna dahil bir unsurdur (25).

Garantörlük kategorileri konusunda klasik ayırım şekli kıstası, modern ayırım maddi kıstası üstün tutmaktadır.

3.1.1. Klasik Ayırım - Şekli Kıstas

Dönmezer - Erman tarafından kabul edilen klasik ayırım; garantörlük kategorilerinin belirlenmesinde yükümlülüğün, neden ve nereden kaynaklandığını esas alır. Bu hukuki yükümlülüğün kaynağı kanun, sözleşme, öngelen tehlikeli eylem, sıkı hayat ilişkisi ve güven ilişkisi olabilir. Türk öğretisinde hala ağırlıklı olarak bu klasik görüş savunulmaktadır (24).

5237 sayılı Kanun'un 83. maddesindeki “ Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ” suçunda ölümü engelleme yükümlülüğünün kanundan , sözleşmeden (koruma ve gözetim yükümlülüğünün iradi olarak üstlenilmesi) ve öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanabileceği belirtilmiştir. Bu şekliyle 5237 sayılı Kanun'da da klasik ayırımın esas alındığı görülmektedir.

3.1.2. Modern Ayırım - Maddi Kıstas

İçel / Sokulu-Akıncı / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver tarafından kabul edilen modern ayırım, garantörlük kategorilerinin ne için olduğunu göz önünde

bulundurmaktadır. Teoriye göre garantörlük yükümlülükleri ikiye ayrılır. Bunlar : Belirli bir hukuki yararın varlığını tehdit eden hareketlere karşı koruma fonksiyonundan oluşan “ Koruma garantörlüğü ” ve bir tehlike kaynağının gözlenmesi, gözetim altında bulundurulması fonksiyonundan oluşan “ Gözetim garantörlüğü ”dür (27,24).

Hakeri garantörlük kategorilerini maddi kıstasa göre şu şekilde ayırmıştır:

A- Belirli Hukuki Yararlara Yönelik Koruma Yükümlülükleri (Koruma Garantörlüğü)

1- Sıkı toplumsal ilişkiler

Aile hukuku temelli ilişkiler

Diğer toplumsal ilişkiler

2- Gönüllü Üstlenme

B- Belirli Tehlike Kaynaklarından Sorumluluk

1- Öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlük

2- Tehlike kaynakları üzerindeki egemenlikten doğan garantörlük

3- Üçüncü kişilerin hareketlerinden ötürü sorumluluktan kaynaklanan garantörlük (24) .

Bu garantörlük çeşitlerinden konumuzla ilgili olan gönüllü üstlenme konusunda açıklama yapılacaktır.

3.1.2.1. Gönüllü Üstlenme

Gönüllü üstlenme 5237 sayılı Kanun’un 83. maddesinin gerekçesinde, iradi üstlenme olarak isimlendirilmiştir. Gönüllü üstlenme, “ Tehlikede olan için ve onun lehine sorumluluğu üzerine almak ” olarak tarif edilebilir. Tipik örneği, hekimlerin bir hastanın bakımını üstlenmiş olması, çocuk bakıcısının çocuğa göz kulak olmayı kabul etmiş olmasıdır.

Türk Ceza Kanunu’nun 83. maddesinin gerekçesinde neticeyi önleme yükümlülüğünün iradi biçimde üstlenilmesinin kaynaklarından biri olarak, sözleşme gösterilmiştir. Hakeri’ye göre bu tür bir garantörlüğün varlığı için sözleşmeye dayanan bir bağlantı şart değildir. Üstlenmenin zımni veya talep edilmeksizin veya geçici olmasının önemi yoktur (24).

Doktrinde, sözleşmeden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğünün ancak fiilen üstlenme ile oluşacağını kabul edenler de vardır (10). Üstlenmenin fiili olması

gerekliliğinin nedeni : kişilerin bu üstlenmeye inanarak, güvenerek gerekli tedbirleri almamaları ve bu sebeple zarar görmeleridir.

Kanaatimizce, sözleşmeye dayanan garantörlüğün varlığı neticeye göre belirlenmelidir. Eğer mağdur sözleşmenin varlığına güvenerek başka çözüm yollarına gitmemişse sözleşme dolayısıyla sözleşmeden doğan garantörlüğün varlığı kabul edilmelidir; yazılı bir sözleşme yada fiili üstlenme aranmamalıdır. Ancak bu yapılırken sözleşmenin hiç doğmamış olması yada garantör konumundaki kişinin haberinin olmaması gibi durumlarda ayrıca değerlendirilmeli, taraflar arasındaki ilişki mevcut şartlara göre subjektif olarak değerlendirilmelidir.

Gönüllü üstlenmenin bir başka garantöre geçmesi durumunda ilk garantör serbest kalır. Örneğin, ilgili doktora usulüne uygun şekilde hastayı teslim eden acil doktoru serbest alır. İlgili doktorun hata yapması halinde tekrar müdahale etmek zorunda değildir. Zira acil doktoru sadece devamlı hazır bulunmayı garanti etmiştir. Bir yararın varlığı veya bir tehlikenin bertaraf edilmesi için asıl olarak garantör olanlar, ancak üstlenenin işi gereği gibi yapması halinde yükümlülüklerinden kurtulurlar. Dolayısıyla şef doktor asistanını devamlı kontrol altında tutmalıdır (24).

3.1.2.2. Doktorun Gönüllü Üstlenmeden Kaynaklanan Garantörlüğü

Doktor ile hasta arasında hastanın muayene için doktora gelmesi ve doktorun da muayene işlemlerine başlaması ile hukuka uygun bir sözleşme kurulduğu, hem doktrin hem uygulama tarafından kabul edilmektedir.

Hasta ile doktor arasındaki sözleşmeye doktrinde “ Tedavi sözleşmesi ” (6,42), “ Hekimlik sözleşmesi ” (6,46) gibi isimler verilmektedir. Yargıtay ve müelliflerin çoğunluğu bu sözleşmenin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olduğunu düşünmektedir (9, 4, 8, 5, 48).

Yavuz’a göre, doktor ile hasta arasındaki “ Hekimlik sözleşmeleri ” vekalet sözleşmesi çeşitlerinden “ İhtimam (bakım,özen) sözleşmeleri ”ne dahildir (47).

Sözleşmenin doğumu için tarafların, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasında bulunmaları yeterlidir. Hasta ve doktorun bir sonuca ulaşmak amacıyla karşılıklı irade beyanında bulunmaları ve bu irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekmektedir (34).

İrade beyanlarının yazılı olması ya da açık olması şartı yoktur. Şekil serbestisi esası geçerlidir. Borçlar Kanunu'nun 11 / 1. maddesine göre, “ Akdin sıhhati, kanunda açıkça sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir. ”. Hatta sözleşmenin örtülü (zımni) irade beyanıyla kurulması da mümkündür. Hastanın muayene olmak için hekime gitmesi ve hekimin hastayı kabul ederek muayene etmesi sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Hekimin faaliyeti hasta tedavisini gerekli kılan bir faaliyet olduğu için hasta tarafından yapılan tedavi talebi, hekim tarafından derhal reddedilmezse sözleşme kurulmuş olur (6).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 8.7.2005 tarihli kararında, “...gerçekten de müvekkil (hasta) , mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK.nun 394/1 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.” şeklinde vekalet sözleşmesi zikredilmiştir (E. 2005/3645 K. 2005/11796) (www.kazanci.com.tr).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.12.2002 tarihli kararında da, doktor ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğu şu şekilde belirtilmiştir. “...Dava, davalı doktorların hamilelik kontrollerinde vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırı davranışları sonucu, çocuğun anomalili doğması nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararların tazmini talebine ilişkindir. Hemen belirtilmelidir ki, vekil, vekalet görevini yerine getirirken, yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değilse de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabadaki özen eksikliğinden dolayı sorumluluk altındadır. Eğer, bu özen eksikliği nedeniyle müvekkil bir zarara uğramış ise, vekilin tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir...” (E. 2002/13-1011 K. 2002/1047) (www.kazanci.com.tr).

Görüldüğü üzere doktorun genel olarak, gönüllü üstlenmeden yani zımni bir sözleşmeden kaynaklanan garantörlüğü olduğu doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir.

Doktor, hastanın hastalığının teşhis ve tedavisini üstlendikten sonra, bu hususta acil ve güvenilir tedbirleri almak, görevli olması halinde geceleyin hasta ziyareti yapmak durumundadır. Hekime, sadece danışma halinde ise, garantörlük yükümlülüğü doğmaz. Hastanın hastaneye yatırılmasından sonra, ilgili klinik doktoru onun hayatı bakımından garantör sayılır. Aynı şekilde daha genç doktorlara danışmanlık yapan daha kıdemli ve

tecrübeli klinik doktoru da bizzat tedaviyi üstlenmemiş olsa bile garantördür. Doktordan sadece kısmen faydalanılması halinde, garantörlük de kısmi olur (24).

Doktorun hasta yakınlarına, hastalığın tedavisi konusunda telefonla söz vermesi üzerine, bu söze güvenerek başka önlem almayan hasta yakınlarının davranışının normal bir davranış olup olmadığı somut olaya göre değerlendirilmeli ve bu suretle doktorun neticeyi önleme yükümlülüğü konusunda karar verilmelidir (10). Burada doktorun sadece sözle kurulan sözleşme ile mi; yoksa, fiili üstlenme ile mi sorumluluğunun doğduğu tartışmalıdır (25).

Kanaatimizce, eğer doktorun telefonla verdiği söze güvenilerek başka doktor aranmamış ve makul süre beklenirken ölüm gerçekleşmişse, doktorun sorumluluğu doğar. Ancak bu bekleme süresi doktorun somut olayda gelme süresini geçmişse ve buna rağmen tekrar aynı doktoru arama ya da başka doktor arama gibi çözüm yollarına gidilmemişse ve doktorun telefonda gelme sözü vermesine rağmen gelmemesinin olağan hayat şartlarına göre anlamlı bir gerekçesi varsa doktorun sorumluluğunun doğmayacağı söylenebilir.

Doktor yardımını reddeden bilinçli hastaya zorla müdahale edilemeyeceği kabul edilen bir görüştür. Örneğin, yaralı kan nakli istemiyorsa, doktor da bu bakımdan garantör değildir. Ancak doktor, mağdur olay üzerindeki egemenliğini, bilincini kaybettiği anda, neticeyi engellemek için harekete geçmek konusunda garantördür. Bu aşamada neticenin engellenmemesi halinde garantör ihmali fail olarak sorumludur (24).

Çocuk hastanın babasının, müdahale gerekli olduğu halde kötü niyetle tedaviye müsaade etmemesi halinde doktor garantör olarak müdahale ile yükümlüdür. Çünkü burada çocuğun kendi sağlığı ile ilgili olan konuda egemenliği yoktur ve egemenliği olan veli de kötü niyetlidir. Bu nedenle hastane polisi , savcı gibi adli makamlar ve doktor, çocuğun tedavisini Anayasal haklar, ulusal ve uluslar arası çocuk hakları çerçevesinde sağlamalıdır.

Bir doktorun hastaya etkili ilaç vermeyip, etkisiz ilaç vermesi ve hastanın ölmesi olayında, doktorun hastaya etkili ilaç vermemesi ihmali hareketken; etkisiz ilaç vermesi icrai harekettir. Böyle bir durumda sorumluluğun tespiti, hukukun hangi davranışı kınadığına bakılarak yapılır. Olayda doktorun etkili ilaç vermediği için ihmali hareketle ölüme sebebiyet verdiği kabul edilmelidir (13).

1983 tarihli Federal Mahkeme Kararı bu konu açısından önemlidir. Karara konu olay şöyledir: Gayrı meşru çocuğunu aldirmek için doktora giden hamile kadına doktor, derhal hastaneye yatması gerektiğini söylemiştir. Ancak kadın doktorun bu uyarısına uymadığı gibi doktorun ailesini bilgilendirmeye yönelik çabalarına da engel olmuştur. Kadın bir süre sonra ölmüştür. Bu olayda Federal Yüksek Mahkeme, jinekoloğun hastanın istememesine rağmen müdahale ile yükümlü olmadığına ve fakat durumdan kadının ailesini veya ev doktorunu haberdar etmekle yükümlü olduğuna karar vermiştir. Burada jinekolog ihmal suretiyle taksirle adam öldürmekten sorumlu tutulmuştur (24).

Hekim Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 18.maddesi gereği, acil yardım, resmi ve insani vazifenin ifası hallerinde hastayı reddedemez; ona bakmak zorundadır. Bu durumlarda kanuna dayanılarak çıkarılan tüzüklerle getirilmiş bir hukuki yükümlülük dolayısıyla, kanundan kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü söz konusudur. Aynı yöndeki yükümlülük Hususi Hastaneler Kanunu'nun 32.maddesinde acil durumlarda özel hastaneler için de getirilmiştir (41).

Acil yardım, resmi ve insani vazifenin ifası dışındaki hallerde, hekimin ve diğer sağlık çalışanlarının ihmalî davranışlarından sorumluluğu, gönüllü üstlenmeden yani sözleşmeden kaynaklanır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 9.1.1991 tarihli kararında doktorun, "...hastanedeki çalışma saatleri dışında kendisi nöbetçi bulunmadığı bir dinlenme zamanında bulunsa bile, hekimliğin yalnız kendi uzmanlık bölümü ile ilgili olan bir hastalığın muayene ve tedavisi için çağırıldığında hemen gitme ve gereğini yapmakla görevli sayılması " gerektiğine karar vermiştir (24).

Hakeri'nin aktardığı şekliyle, Almanya'da yaşanan bir olayda, hastayı hastaneye geldiğinde görmeyen ve ilk müdahalesini yapmayan doktor, yardımın ihmalî suçundan dolayı cezalandırılmıştır. Olayın detayları şöyledir: " Trafik kazasında yaralanan şahıs ambulansla en yakındaki hastaneye getirilir. Kapıdaki hemşire hastanede yer olmadığını söyler ve karar vermesi için nöbetçi hekimi çağırır. Nöbetçi hekim ambulanstaki yaralıyı görmeden görevlilere durumunu sorar. Yaralının bir bacağının kırık olduğu ve şuursuz olduğu yanıtını alınca yine hastayı görmeden başka bir hastaneye götürülmesini söyler ve oradan ayrılır. Bir saat sonra hastayı kabul edecek bir hastane bulunur ama bu arada hasta ambulansın içinde hiç müdahale edilmeksizin beklemiştir. Yaralıya gittiği hastanede

müdahale edilirse de aynı günün akşamı ölür. Bu olayda Eyalet Yüksek Mahkemesi nöbetçi hekimin, yardımın ihmali suçundan dolayı cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir. ” (24).

Ülkemizde yaşanan benzer nitelikli bir olayda Yüksek Mahkeme, “ Trafik kazası sonucu hastaneye yaralı getirilen ölenin, görevli doktor ve hemşire olan sanıklar tarafından yeterli kontrol ve muayene ile, gelişen klinik bulgulara uygun müdahale yapılmadığından ölmesi, olayında... ölümde bu savsama etkili ise taksirle ölüme neden olma suçundan hüküm kurulmalıdır. ” şeklinde karar vermiştir (Yargıtay 4. Ceza Dairesi T.11.2.2004 E. 2003/1064 K. 2004/2055) (www.kazanci.com.tr).

Yukarıda zikredilen Eyalet Yüksek Mahkemesi kararında, hekimin hastayı görmemesi ve ilk müdahaleyi yapmamasının ihmali hareket olduğunu belirtildikten sonra şunlara değinilmiştir: “...Hastanede boş yatak olmaması dolayısıyla “ beklenebilirlik ” gerekçesine de sığınmak mümkün değildir. Yüksek Mahkeme’ye göre hastanede gerçekten yer olup olmaması veya bir yatağın boşaltılmasının mümkün olup olmamasının önemi yoktur. Zira hekimden somut olayda beklenen esaslı bir muayene değil, hastanın durumu hususundaki ilk teşhisi yapmasıdır. ” (24).

Hakeri’ye göre olayda hekim garantördür. Hastaneye getirilen kişiye boş yatak olmasa dahi ilk müdahaleyi yapmak durumundadır. Boş yatak olmaması ilk müdahaleyi yapmamanın bir gerekçesi olamaz. Ancak hekimin o an için çok daha acil durumdaki hastalara bakması halinde, hareket olanağı olmadığı veya beklenebilirlik unsurunun gerçekleşmediği dolayısıyla sorumlu tutulmaması gerektiği söylenebilir (24).

Ülkemizde de hastanelerin olanaklarının yeterli olmaması sebebiyle hastanın hastaneye kabul edilmemesi durumu yaşanabilmektedir. Özellikle yoğun bakım tedavisi gerektiren hastaların, yatak sayısının ve yeniden canlandırma aleti sayısının yeterli olmaması gibi nedenlerle hastaneye kabul edilmemesi sonucunda istenmeyen sonuçlar gelişebilmektedir. Ancak bu şekilde hastaneye gelen hastanın mutlaka doktor tarafından görülmesi ve ilk müdahalenin yapılması gerekliliği yadsınamaz.

Kanaatimizce hastanın hastanede yer yada gerekli alet olmaması gibi haklı bir gerekçe ile hastaneye kabul edilememesi durumunda bile, uygun hastane bulunana kadar getirildiği hastanede doktor gözetiminde bulunması ve uygun hastane bulunduktan sonra da doktor nezaretinde nakledilmesi uygun olan , olması gerektirir. Acil servisteki doktor

gelen her hastaya bakıp, değerlendiren ilk müdahaleyi yapmakla yükümlü ve bu konuda garantördür. Bu garantörlüğün kaynağı; Anayasa'nın 56.maddesi, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 18.maddesi veya vekalet sözleşmesi olabilir. Anayasa'nın 56.maddesi vatandaşların sağlık hakkının devlet tarafından sağlanması gereğini "...Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; (...) 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..." şeklinde ifade eder. Sonuç olarak burada kaynağı kanun ya da gönüllü üstlenme olan bir garantörlük söz konusu olduğundan, garantör olan doktorun ihmali hareketi ile suçla sebebiyet vermesi söz konusudur.

Bayraktar da yardıma çağırılan hekimin acil hallerde hastanın durumunu ayrıntıları ile sorup öğrenmesi ve acil durumun niteliğini araştırmasının gerekli olduğunu, " böyle bir soruşturmada bulunmadan yardımı reddeden hekimin sorumlu olacağını " kabul etmektedir (8).

3.2. Denklik

Garantörsel ihmali suçlar bakımından garantörlük ilk şart iken, ikinci bir şart olarak da denklik kaydı öngörülmüştür. Denklik, " Garantörün ihmali hareketinin icrai harekete denk görülmesi ve icrai harekete denk sonuç doğurması hali " olarak tanımlanabilir. Garantörsel ihmali suçların varlığı için, icrai harekete eş nitelikte bir ihmali hareketin gerektiği düşünülmektedir (24). İhmali davranışın, icrai davranışla gerçekleştirilecek netice ile aynı neticeyi meydana getirmeye müsait olması gerekir ki, garantörsel ihmali suç oluşsun.

Hakeri'ye göre, icrai değil de ihmali olduğu tespit edilen bir davranışın cezalandırılması için;

1. Gerçekleştirilen davranışın açıkça kanunda cezalandırılması veya o davranışın kanunda düzenlenmiş bulunan bir icrai suç tipine denk görülmesi,
2. Davranışı yapanın neticenin gerçekleşmemesi hususunda üstlenme, doğal bağlılık gibi nedenlerden veya daha önceki bir icrai veya ihmali hareketinden dolayı hukuken garantör olması,
3. Failin harekete geçmesinin mümkün ve beklenebilir olması,
4. Suçun diğer objektif ve subjektif unsurlarının gerçekleşmiş olması gerekir (24).

Denklik unsuru Türk Ceza Kanunu'nun 83.maddesinde “ eşdeğerlik ” şeklinde ele alınmıştır. 83.maddede kasten öldürme fiilinin yükümlülük ihlali şeklindeki ihmali davranışla gerçekleştirilmesi halinde, failin ölümden sorumlu tutulabilmesi için, ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması gerektiği belirtilmiştir. Bu şekilde denklik unsuru belirlendikten sonra, ihmali davranışın icrai davranışa denk sayılabilmesi için kanundan, sözleşmeden veya öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan bir neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunması gerektiği şeklinde düzenleme yapılmıştır. Yani 5237 sayılı Kanun'da denklik unsurunun varlığı için garantörlük gerektiği tespiti yapılmıştır.

4. İhmali Suçlarda Kast

Bir kimsenin bir şeyi ihmal ettiğinden söz edebilmek için ihmal iradesi de gereklidir. Sosyal yaşamda yapılmayan her şeyin ihmal edildiği düşünülemez (24). Örneğin, gece uyurken yanında yatan eşinin rahatsızlandığını duymayan ve uyanıp ona ilacını vermeyen kişinin ölümde ihmali hareketi olduğu söylenemez.

Kunter'e göre “...iradi olup olmadığı araştırılacak olan hareket, tabiatçı mefhumu göre menfi olan harekettir. Menfi hareketi istemek halinde irade vardır. Fakat bu kusurluluk için کافی değildir. Fazla olarak kasıtlı ihmallerde emredilen hareketin tasavvur ve reddedilmesi, taksirli ihmallerde ise emredilen hareketin yapılmamasının dikkatsizlik tedbirsizlik ve tecrübesizlikten doğmuş olması lazımdır.” (31).

Saf ihmali suçlarda fail ihmali bir harekette bulunduğunu bilmeli ve istemelidir. Fail hem ihmali oluşturan hareketi hem de bunun neticesini istemiş olmalıdır. İcrai suçlarda olduğu gibi ihmali sularda da kast, ihmali suçun objektif unsurlarını kapsamalıdır (15).

Saf ihmali suçlardaki objektif unsurlara tipik durum, emredilen hareketin yapılmaması, somut durumda bireysel hareket yeteneği girmektedir. İhmali fail, suç oluşturan tipik fiilin meydana gelmek üzere olduğunu, beklenen ve uygun hareketi yapmadığını görmeli ve bilmelidir. Ayrıca gerçekleşmek üzere olan tipik durumu önlemenin mevcut şartlarda, kendisi açısından mümkün olduğunun da bilincinde olmalıdır. “...Failin kendi hareket olanağının bilincinde olmaması halinde, hareketsizliği haksızlık teşkil etmez ve bu durumda ihmali hareket yapan failin kastı yoktur.” (24).

Garantörsel ihmali suçlarda da fail suç tipine ait unsurları bilmelidir. Failin suç olan neticeyi önleyecek hareketi ve garantörlüğü kuran fiilleri bilmesi gerekir. Bunları

bilmiyorsa kastından söz edilemez ancak taksir araştırılabilir (24). Failin kastı mutlaka neticeye yönelik olmalıdır (15). Örneğin, kız bebek doğuran annenin eşi istemediği için kızına meme vermeyerek onu öldürmesi halinde, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi söz konusudur. Bebeğinin bakımı konusunda kanuni garantör olan anne, bebeğinin ölmesi neticesine yönelik olarak ihmali hareketle ölüme sebebiyet vermiştir.

Sonuç olarak denilebilir ki; failin kastı neticenin gerçekleşmesini, neticeyi önleme konusunda garantör olduğunu bilmeyi ve istemeyi gerektirmektedir. Failin oluşmasını istemediği suç olan neticenin kendi ihmali hareketi dolayısıyla oluşacağını ve bu neticeyi engelleyebileceğini öngörmesine rağmen, “ olursa olsun ” diyerek, sonucu kabullenerek hareketsiz kalması durumunda olası kastı söz konusudur. Ancak failin neticeyi önleme yükümlülüğünün bilincinde olmasına rağmen, neticenin zaten gerçekleşmeyeceği düşüncesi ile neticeyi istemeyerek hareketsiz kalması, gerçekleşmeyeceğine inanması durumunda failin bilinçli taksiri olduğu kabul edilir.

5237 sayılı kanunun 83. maddesinin gerekçesinde ihmali suçların manevi unsuru konusunda önemli açıklamalar yapılmıştır. Kasten öldürme suçunun ihmali davranışla da gerçekleştirilebileceği belirtildikten sonra bu suçun, kasten işlenebileceği gibi, taksirle de işlenebileceği belirtilmiştir. Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun olası kastla ve taksirle işlenmesi halleri açıklanmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 12.10.2004 tarihinde verdiği şu kararda, ihmali suçlarda kasten hareket edilmiş sayılması ihtimali irdelenmiştir: “...failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için tipe uygun hareketi önceden düşünüp öngörmüş, zihninde canlandırmış olması gerektiği gibi, sonucu da düşünmüş ve öngörmüş olmalıdır. Bu sonuç, icra suçlarında ve ihmal suretiyle icra suçlarında yasanın yasakladığı, ihmal suçlarında ise failin gerçekleştirmek istemediği, ancak yasa tarafından gerçekleştirilmesi emredilen neticedir.” (E. 2004/1-163 K. 2004/194) (www.kazanci.com.tr).

5. İhmali Suçlarda Taksir

Türk Ceza Kanunu gerekçesinde de belirtildiği gibi ihmali suçlar kasten işlenebileceği gibi taksirle de işlenebilirler. Taksirli ihmali suç, failin oluşmasını istemediği öngörülebilir ve önlenabilir bir neticeyi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle öngörememesi ve engelleyememesi hali olarak tarif edilebilir.

Doktrinde, garantörsel ihmali suçlarda neticeye yönelik istemenin zorunlu olması nedeniyle bu tür suçların ancak kasten işlenebileceğini, taksirle işlenemeyeceğini savunan yazarlar olduğu gibi (13), çoğunlukla kasten işlenebileceklerini (15) savunan yazarlar da bulunmaktadır.

Taksirle işlenen ihmali suçlarda, öngörülebilir, önlenabilir ve objektif olarak yüklenebilir bir tehlike yaratılmakta ve böylece suç tipi gerçekleştirilmektedir. Taksir, failin özensizlik sonucu mevcut durumda hareket yükümlülüğünün bulunduğu görmemesi; kanundaki suç şekline uygun olan tipik durumu objektif dikkat ve özen yükümüne aykırı olarak hatalı tanınması; kurtarma hareketini hatalı yürütmesi; meydana gelmek üzere olan neticeye özen yükümlülüğüne aykırı olarak dikkat etmemesi şeklinde gerçekleşebilir (24).

Örneğin, dikkatsizlik sonucu çarptığı kişinin ağır yaralı olduğunu, özensiz davrandığı için fark etmeyip öldüğünü zannederek olay yerinden uzaklaşan fail, taksirle adam öldürmeden sorumlu olur. Buradaki failin neticeyi önleme yükümlülüğü öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanmaktadır.

Taksir, garantörlüğün mevcudiyetine ilişkin de olabilir. Örneğin dalgaların arasında boğulmakta olan çocuğun kendi oğlu olduğunu anlayamadığından yardıma gitmeyen baba garantör olarak adam öldürmeden değil, yardımın ihmali suçundan sorumlu olur (24). Çünkü boğulanın oğlu olduğunu görememiş ve kurtarma yükümlülüğü olduğunu düşünmemiştir.

Taksirli ihmali suçlarda özen eksikliği tipik durumun bilinmemesinden veya kendi hareket yeteneğinin farkında olunmamasından kaynaklanabilir. Örneğin, küçük bir çocuğu 24 saat emzirmeyen anne çocuğun sağlığına zarar gelebileceğini düşünemezse, taksirle müessir fiilden söz edilir. Fail elverişsiz hareketle neticeyi önlemeye kalktığında failin kastı vardır. Ancak fail, hareketinin neticeyi önleyeceğine güveniyorsa kastı yoktur (24).

Taksirli ihmali suçlarda neticenin öngörülebilirliğinin saptanmasındaki ölçü, taksirli icrai suçlardan farklı olarak objektif ölçüdür (24). Taksirli icrai suçlarda neticenin öngörülebilir olup olmadığının ölçüsü subjektif ölçüdür. Subjektif ölçüye göre, öngörebilmenin saptanmasında ortalama bir insanın özelliklerinin değil, somut olayın özelliklerine göre bizzat failin şahsi niteliklerinin dikkate alınması gerekir (10,13,3). “...taksirli ihmali suçlarda, taksirli icrai suçlardan farklı olarak; yapılması gereken

hareketin yapılmamasından sonra zararın meydana gelmesinin objektif olarak öngörülebilir olması halinde ...” öngörülebilirliğin varlığı kabul edilir (24).

6. İhmali Suçlarda Beklenebilirlik

İhmali suçlarda önemli bir konu olan beklenebilirlik, kişiden harekete geçmesinin hukuken beklenebilir olmasını içerir. Garantörsel ihmali suçlarda hareketin beklenebilirliği garantörün durumuna, tehlikenin yakınlığına, ağırlığına ve korunan hukuki değerın önemine bağlıdır. Kişi mümkün olduğu ölçüde gerekli ve yeterli olanı yapmalıdır. Örneğin oğlunun, böbrek nakli yapılmazsa öleceğini bilen babadan kendi böbreğini oğluna vermesi beklenilemez (24). Zira kendi hayatını tehlikeye atarak neticeyi önleme yükümlülüğü hukuken kimseye yüklenemez. Olayın ahlaki, duygusal ve sosyal boyutları farklı değerlendirilebilir.

Harekete geçmenin faili tehlikeye maruz bırakacağı hallerde, failin maruz kalacağı tehlikenin niteliği önemlidir. Örneğin, bir doktordan AIDS hastalığı virüsü taşıdığını bildiği yaralıya, ağızdan suni solunum yapması beklenemez. Ancak önemsiz tehlikelerin söz konusu olduğu durumlar da mevcuttur. Örneğin, doktor, bulaşıcı hastalığı olduğunu bildiği bir hastayı uygun şekilde muayene edip tedavisini yapabilir (24).

5237 sayılı kanunun 98. maddesindeki yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunda kanunkoyucu beklenilebilirlik ölçüsünü, “...hal ve koşulların elverdiği ölçüde...” şeklindeki tespit etmiştir.

Failin öngelen tehlikeli eyleminden kaynaklanan hallerde ise, yardım yükümlülüğünün bulunduğu ve yardımın beklenebilir olduğu kabul edilmektedir. Taksirle yayaya çarpan sürücünün yayaya yardım etmesi beklenebilirdir (24).

7. İhmali Suçlarda Hata

Fail işlediği fiilin suç olmadığını düşünebilir. Bu durum 5237 sayılı Kanun’un 30.maddesinde “ hata ” olarak ele alınmıştır. Failin gerçekleştirdiği ya da gerçekleştirmeyi ihmal ettiği fiilin suç oluşturmadığını zannetmesi hali olan hata, çeşitli şekillerde oluşabilir. Failin fiili durumu yanlış değerlendirmesi sonucu oluşan hata fiili hata, hukuken yükümlü olmadığını zannetmesi sonucu oluşan hata da hukuki hatadır.

Fail suçun maddi unsurlarında, suçun nitelikli hallerinde, ceza sorumluluğunu azaltan ve kaldıran hallerde hataya düşmüşse fiili hata; fiilinin haksızlık oluşturduğu

konusunda hataya düşmüşse hukuki hata söz konusudur. Ceza hukukunda fiili hata esaslı olması halinde, hukuki hata da kaçınılmaz olması halinde ceza sorumluluğuna etki eder.

İhmali suçlarda hata üç şekilde oluşabilir:

7.1. Neticeyi Önleme Olanlığında Hata

Failin somut olayda, suç teşkil eden neticeyi önleme olanağının bulunmadığını zannetmesi fiili hatadır. Failin fiili durumu yanlış değerlendirmesi sonucunda, hareketsizliğini ya da gerçekleştirmeyi ihmal ettiği hareketi meşru sanması halinde yapılan fiili hatanın (10) , ceza sorumluluğunu kaldırması için esaslı olması gerekir. Yani fail bu şekilde yanılmasaydı, ihmali hareketi suç oluşturmayacaktı denilebiliyorsa hata esaslıdır ve failin sorumluluğunu kaldırır.

Failin fiiliyatta neticenin gerçekleştiğini, yapılacak bir şey kalmadığını veya kendisinin hareket olanağının bulunmadığını sanması durumunda kastın kalkacağı kabul edilmektedir. Fail neticeyi potansiyel olarak önleyebilecek olmasına rağmen ve bunun bilincinde olarak hiçbir şey yapmazsa kasten ihmali şekilde davranmış olur. Örneğin, hastaya yapılması gereken bütün müdahalelerin yapıldığını düşünen hekim müdahaleye gerek duymaz; çünkü, hareket olanağının bulunmadığını düşünmektedir (24).

7.2. Emir Hatası

İcrai suçlardaki hukuki hata , ihmali suçlarda emir hatası şeklini alır. 5237 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, ceza kanununu bilmemenin ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı ana kuralı belirtildikten sonra, 30.maddenin 4.fıkrasında, “ İşlediği fiilin haksızlık olduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz. ” şeklinde, istisnai bazı hallerde ceza sorumluluğunun kalkabileceği hususu belirtilmiştir. İşlenen fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda düşülen hukuki hata, yeterli özen gösterilmesine rağmen kaçınılamayan hata ise fail cezalandırılmayacaktır (10).

İhmali suçlarda icrai suçlardaki hukuki hataya eşdeğer bir emir hatası, fail kendi hareket yükümlülüğü hususunda hataya düştüğü takdirde sözkonusudur. İhmali suçlarda haksızlık bilinci belli bir hareketi yapmaya yönelik hukuki emre ilişkindir. Bu şekilde fail, bir icrai harekette bulunulmasının hukuken kendisine yüklendiğini bilmezse hataya düşmüş sayılır (24).

7.3. Nedeninde Serbest İhmal

Kendini kusurlu olarak hareket edemeyecek duruma getiren kimse, ceza almaktan kurtulamaz. Örneğin, cinayet planından haberdar olan kimsenin polise gidemeyecek duruma gelmesi için uyuşturucu alması halinde ceza sorumluluğu kalkmaz (24).

8. Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi

5237 sayılı Kanun'un 83.maddesindeki, “ Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ” suçu, garantörsel ihmali suçtur. 83.madde, sağlık çalışanlarının tıbbi müdahaleden doğan cezai sorumlulukları açısından önem arz etmektedir.

Madde metninde “ Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. ” şeklinde, ihmali davranışın suçun oluşması bakımından icrai davranış kadar ağır bir durum oluşturması gerekliliği vurgulanmıştır.

83. maddede, ihmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması veya önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gerektiği belirtilmiştir. Maddede belirtilen suç ihmal suretiyle icra suçu yani garantörsel ihmali suçtur. Kanun koyucu suçun oluşması için, ihmali ve icrai davranışın eşdeğer olmasını ve bu eşdeğerlik için icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün varlığını aramaktadır.

Maddenin 2.fıkrasında, kasten öldürmenin belli bir yükümlülüğün ihmali ile meydana getirilmesi halinde, kasten öldürmenin temel cezasından ne şekilde indirim yapılabileceği belirtilmiştir. Ancak kanun koyucu bu hükümde uygulayıcıya, cezada indirim yapıp yapmama konusunda takdir hakkı tanımış ve dilerse indirim yapılmayabileceğini de belirtmiştir. Cezanın indirilmesi halinde de kasten öldürmenin icrai bir davranışla işlenmesi halinde verilecek cezalardan ne oranda indirim yapılacağı belirlenmiştir (2).

Sağlık çalışanının tıbbi müdahaleden doğan cezai sorumluluğu açısından önem arz eden 83.maddenin gerekçesinde, sağlık çalışanının mesleğini uygularken işleyebileceği adam öldürme suçunun ihmali hareketle ve olası kastla işlenebileceği belirtilmektedir. Bu

nedenle ihmali suç ve olası kast konularını birlikte açıklayan gerekçeden bahsetmek faydalı olacaktır.

83. maddenin komisyon gerekçesinde, “...Belli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğüne aykırı olarak bu davranışın gerçekleştirilmemesi sonucunda bir insan ölmüş olabilir...” şeklinde belirtildikten sonra, “...bir sağlık kuruluşunda görev yapan tabip, durumu acil olan bir hastaya müdahale etmez ve sonuçta hasta ölür... ” şeklindeki bir örnekle kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu açıklanmıştır.

Gerekçede, “ İhmali davranışla sebebiyet verilen ölüm neticesinden dolayı sorumlu tutulabilmek için, neticeyi önlemek hususunda soyut bir ahlaki yükümlülüğün varlığı yeterli değildir; bu hususta hukuki bir yükümlülüğün varlığı gereklidir. ” şeklinde neticeyi önlemek hususunda hukuki bir yükümlülüğün bulunmasının gerektiğinden söz edilmiştir (2).

83.maddede neticeyi önleme yükümlülüğü şeklinde belirlenen “ Garantörlük ” , Faili, hareketsizliği neticesinde oluşacak olumsuz durumlardan sorumlu tutmaya müsaade eden “ yakın ilişki ”ye verilen isimdir (25).

Madde gerekçesinde neticeyi önleme yükümlülüğü, koruma ve gözetim yükümlülüğünden ve öngelen tehlikeli fiilden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü şeklinde iki bölümde incelenmiştir. Koruma ve gözetim yükümlülüğünün kaynağı olarak ta kanun ve iradi üstlenme (gönüllü üstlenme) gösterilmiştir. Sonuçta gerekçede garantörlüğün kaynağı, klasik ayrımın esas aldığı şekli kıstasa uygun olarak kanun, sözleşme ve öngelen tehlikeli eylem şeklinde üç kategoride belirlenmiştir.

Kanundan kaynaklanan koruma ve gözetim yükümlülüğüne örnek olarak, Medeni Kanun’daki velayet ilişkisinin gereği olan ana ve babanın çocukları üzerindeki koruma ve gözetim yükümlülüğü verilmiştir (7). İradi üstlenilmeden kaynaklanan koruma ve gözetim yükümlülüğüne örnek olarak ise, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü verilmiştir. Öngelen tehlikeli fiilden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğüne örnek olarak da, taksirle bir trafik kazasına neden olanın, kaza sonucunda yaralanan kişiyi bir an önce tedavi ettirme konusundaki yükümlülüğü verilmiştir (2) . Bu örnekte tedavi ettirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucunda yaralı kişi ölürse, bu neticeden dolayı kazaya sebebiyet veren kişiyi, ihmali davranışı nedeniyle sorumlu tutmak gerekecektir.

Gerekçede, “ Kasten öldürme suçu gibi, kanuni tanımında belli bir fiilin icrasının yanı sıra bir neticeye de unsur olarak yer verilmiş olan suçlarda söz konusu netice, ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebilir. ” denilmekle, neticesi hareketten ayrılabilen suçlardan bahsedilmektedir (2) .

Neticesi harekete bitişik olan suçlarda hareketin yapılması ile suç oluşur. Ayrıca bir neticenin oluşması aranmaz. Örneğin, 98.maddedeki “ yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ” suçu, gerekli yardım ve bildirimin yapılmaması ihmali hareketi ile oluşur.Çünkü, neticesi harekete bitişik bir suçtur. Ancak neticesi hareketten ayrı suçlarda suçun oluşması için, hareketin sonucunda suç tanımındaki tipik neticenin de oluşmuş olması gerekir.

Kanundaki tanımında, öldürme ya da yaralama şeklindeki neticelerin oluşması aranan suçlarda, bu neticenin oluşmasını sağlayan hareket icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir. “ Örneğin bu itibarla, bir sağlık kuruluşunda görev yapan tabibin, durumu acil olan bir hastaya müdahale etmemesi sonucunda hastanın ölmesi hâlinde; ihmali davranışla öldürme suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir. ” (2) .

83. maddenin gerekçesinde yer alan bu örnekte, doktorun ihmali hareketi sonucunda ölüm olayı gerçekleşmiştir ve bu nedenle adam öldürme suçu oluşmuştur. Doktorun ihmali hareketinin sonucunda ölüm ya da yaralama gibi zararlı bir sonuç oluşmamış olsa idi doktor, kamu görevlisi olması koşuluyla, sadece görevi ihmal suçunu işlemiş olacaktı.

Gerekçede, “...ihmali davranışla öldürme suçu, kasten işlenebileceği gibi taksirle de işlenebilir. ” şeklinde, suçun manevi unsuru hakkında açıklama yapılmıştır (2). Kasten işlenebilen suçlar kanuna göre doğrudan kastla yada olası kastla işlenirler. Örneğin, bakımından bıktığı ebeveynini öldürmek amacıyla yemek vermeyen kişi ihmali davranışıyla kasten öldürme fiilini gerçekleştirmektedir. Davranışının sonucunda ölümün gerçekleşeceğini bilmekte ve istemektedir. Ancak, bir iş seyahatine çıkarken evde bıraktığı ve kendi kendine bakamayacak durumda olan ebeveynine bir bakıcı ayarlamayan kişi, ebeveyninin ölmesini istememekte; fakat ölebileceğini öngördüğü halde -ölürse ölsün- diyerek önlem almamaktadır. Bu ikinci örnekte, belli bir yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğün gereği olan icrai davranışta bulunmaması sonucunda bir insanın ölebileceğini öngörmüş olduğundan ve ölümü

kabullenmesi sözkonusu olduğundan, olası kastla işlenmiş olan öldürme suçunun oluşmaktadır.

Yine ikinci örnekteki kişi evde ebeveynini bırakıp seyahate çıkmakta olsun ; fakat ebeveyn evin içinde kendi işlerini görebilecek durumda olduğu için bakıcı ayarlaması gerekmesin. Ancak bu durumda da, dikkatsiz ve özensiz davranışla evde yeterli yiyecek ve içecek olup olmadığını kontrol etmeden seyahate çıkan ve “ inşallah evdeki yiyecekler yeter ” diye düşünen kişi, bilinçli taksirle ölüme sebebiyet vermektedir. Çünkü, evdeki yiyeceklerin yetmemesi ihtimalini öngördüğü halde ölümü istememekte inşallah ölmez diye düşünmektedir . Belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altındaki bu kişi, yükümlülüğüne aykırı davranması sonucunda bir insanın ölebileceğini öngörmüştür ama ölümü istememektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında, kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, suçun icrai davranışla işlenmesine nazaran temel cezada indirim yapılmasına ilişkin olarak mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır (2).

Yargıtay bir kararında, “...Ameliyat sırasında biten oksijen tüpünü teknisyen sanıkların değiştirttikleri yetkisiz hizmetlinin, yanlışlıkla karbondioksit tüpünü bağlaması sonucu ölümün meydana geldiği olayda, ameliyat öncesi ve ameliyat sırasında görevini yerine getirmeyerek asli kusurlu olan doktor sanığın.....” ameliyat sırasında taksirle ölüme neden olmak, tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme sebebiyet vermek suçları açısından kusurlu olduğunu belirtmiştir. (Yargıtay 2. Ceza Dairesi 1996/268 E. 1996/1025 K. 5.2.1996 T) (www.kazanci.com.tr).

Yargıtay’ın bu kararını , 5237 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra “ Kişilere Karşı Suçlar ” isimli eserinde irdelleyen Yargıtay Tetkik Hakimi Necati Meran şu görüştedir :

“765 sayılı Ceza Kanunu döneminde 83. madde benzeri bir düzenleme bulunmadığından garantör durumunda olsa dahi tüm faillerin eylemleri, TCK’nın 455. maddesi kapsamında değerlendirilmekteydi. Ancak YTCK’nın 83.maddesi uyarınca kararda eyleminden söz edilen uzman doktorun kanundan kaynaklanan garantörlük sıfatı nedeniyle ihmali davranışının doğrudan kasıtlı olmasa bile olası kasıtlı öldürme suçundan cezalandırılabilceği düşüncesindeyiz. Uzman doktorun ihmali eyleminin suç oluşturduğu yönündeki kabulün arkasında yatan neden, kendisine yüklenen bir yükümlülüğe uymamak

suretiyle sonucun meydana gelmesinde etken olması, dolayısıyla suça katkıda bulunmasıdır. ” (33) .

Acil tedavide hekimden, kısa sürede ve belli bir disiplin içinde çok şey yapması, bilgili olması, hayat kurtaracak şekilde hareket etmesi ve hukuk kurallarına eksiksiz olarak uyması beklenmektedir. “ Hekimler acil durumlarda hastaya yardım etmekle yükümlüdürler. Fakat hekim acil durumdaki bir hastaya yardım etmez ve hastanın ölümüne, hastalığın ağırlaşmasına veya hastalığın ağır durumunun sürmesine neden olursa... adam öldürmeden sorumlu olacaktır. ” (Yüksek Sağlık Şurası 25.02.1970 / 6324, Yargıtay 4.Ceza Dairesi 28.02.1970, 1945 / 1394 - 6) (40) .

Kanaatimizce , 83. madde gerekçesinde ihmali hareket örneği olarak verilen , “ doktorun durumu acil olan bir hastaya müdahale etmemesi ” durumunda, garantörsel ihmali suçun oluşması için; fiili garantörlüğün yanında icrai harekete eşdeğer bir ihmali hareket yapılmış olması, neticeyi önlemek hususunda failin hareket olanağı olması, neticenin önlenmesinin failden beklenebilir olması, failin yanılığının sözkonusu olmaması gibi sebeplerin birlikte varlığı gerekmektedir.

B. Netice

Netice icrai veya ihmali bir hareket sonucunda oluşan dış dünyadaki değişikliktir (15, 1, 10, 3, 13, 43). Hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik suçun kanundaki tanımına uyuyorsa ceza hukuku bakımından bir değer taşır (15) .

Kanundaki bazı suçların tamamlanması için kanunda tarif edilen hareketin yapılması yeterlidir. Bu suçlara neticeleri kanunlarda gösterilmeyen “ Neticesiz suçlar ” denilebileceği gibi “ Şekli suçlar ” (15,31), “ Neticesi harekete bitişik suçlar ” da (15) denir. Hareketle neticenin yer ve zaman bakımından birbirinden ayrılmadığı bu suç tipinde teşebbüs mümkün değildir (15).

Hareket ve neticenin yer veya zaman veya nedensellik bağı bakımından birbirinden ayrılabilirdiği suçlara ise neticesi kanunlarda gösterilen “ Neticeli suçlar ” denildi gibi, “ Maddi suç ” (15,31), “ Neticesi hareketten ayrı suç ” (15) da denir. Örneğin, adam öldürmek için bıçaklama hareketi yapıldıktan bir süre sonra ölüm gerçekleşmemiş ve fiil yaralama aşamasında kalmış olabilir. Suçun hareketi bir yerde neticesi başka bir yerde gerçekleşmiş olabilir.

Hareket konusunda da açıklandığı üzere, saf ihmali suçlar neticesi harekete bitişik olan suçlardır. İhmali hareketin yapılması ile kanunda tarif edilen suç tipi tamamlanmış olur. Ayrıca bir neticenin oluşması aranmaz.

Garantörsel ihmali suçlar ise neticesi hareketten ayrı suçlardır. Neticeyi önleme yükümlülüğünde olan garantörün ihmali hareketi ile suç oluşmaz ; suçun tamamlanması için ihmali hareket ile sebep olunan, kanunda tarif edilen neticenin de oluşması gerekir. Bu suçlarda garantörün ihmali hareketine rağmen netice oluşmaması ve failin fiilinin teşebbüs aşamasında kalması mümkündür .

C. Nedensellik Bağı

Dış dünyada meydana gelen değişikliklerle bu değişikliği meydana getiren hareket arasındaki bağa nedensellik bağı (15), sebebiyet alakası (31,13) denir. Nedensellik bağı hareket ile netice arasındaki sebep sonuç ilişkisi olarak da tanımlanabilir (15). Suç olan neticenin oluşmasını sağlayan, o hareketin yapılmasıdır. “ Ceza hukuku alanında önem taşıyan hareket, kanunun cezalandırdığı bir neticeye sebebiyet veren harekettir. ” (15,1) .

Kanundaki tanıma uygun neticeyi oluşturan failin sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için, failin hareketinden neticenin doğmuş olması gerekir. Aksi takdirde nedensellik bağı yoktur ve fail hareketinden dolayı sorumlu tutulamaz. Hareketle netice arasında nedensellik bağı yoksa maddi unsur oluşmayacağından suçun diğer unsurlarının araştırılmasına da gerek yoktur (10,3) .

Örneğin, mağdurun uzuv kaybının sanığın bıçakla yaralamasından değil hekimin yanlış teşhis ve tedavisinden kaynaklandığı bir olayda, Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından, sanığa sadece bıçakla yaralamadan ceza verilebileceğine karar verilmiştir. Olayda bacağın kesilmesinin sebebi bıçakla yaralama hareketi değil, yanlış teşhis ve tedavi olarak tespit edildiğinden, yaralamayla uzuv kaybı arasında illiyet bağı bulunmadığına karar verilmiştir. Sanığın yaralaması ile uzuv kaybı arasındaki illiyet bağı yanlış tedavi ile kesilmiştir. Sanık bıçakla yaralamadan, hekim ise taksirle müessir fiil neticesi uzuv kaybından sorumlu kabul edilmiştir. Bu sebeple Yargıtay sanığın suçunu taksirle müessir fiil olarak belirlemiş, bıçakla yaralama ile uzuv kaybı arasında illiyet bağının yokluğu sebebiyle nitelikli yaralama suçunun oluşmadığına karar vermiştir.

Söz konusu karar şöyledir: “...Yüksek Sağlık Şurası’nın 22.4.1996 tarihli raporunda; bacadaki derin yaranın (rektuma) nafiz olduğunun ilk muayenede

saptanamadığının ve buna bağlı olarak gelişen enfeksiyon sonucu bacağın kesildiğinin, hemen el atılması durumunda enfeksiyonun denetim altına alınarak bacağın iyileştirilebileceğinin ve hastanın üç gün içinde taburcu edilmesiyle şansının ortadan kaldırıldığının ve tedavi eden hekimin kusurlu olduğunun belirtilmesi karşısında, sanığın yanlış tedaviden kaynaklanan organ kaybından sorumlu tutulamayacağı ve katılanı bıçakla vurup onbeş gün iş ve güce engel olacak biçimde (bacak kaslarını keserek) yaralamaktan ibaret olan eyleminin TCY.nın 456/1, 457/1. maddelerine uyacağı gözetilmeden, aynı Yasanın 456/3, 457/1, 458. maddeleri ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (1997/10728E. ve 1997/11390K. numaralı 18.12.1997 tarihli Yargıtay 4. Ceza Dairesi kararı) (www.kazanci.com.tr).

Bir hareketin neticenin sebebi olduğu tespit edildiğinde, ikinci aşamada bu hareketin failine neticenin yüklenip yüklenemeyeceği araştırılmalıdır. Bir hareketin sadece neticeyi meydana getirmeye elverişli olması yeterli değildir; aynı zamanda failin kusurlu olması ve isnat yeteneğinin bulunması da gerekir.

Bir trafik kazasında, kaza geçiren kişinin ölümünün trafik kazasından mı, yoksa kazadan sonra getirildiği hastanede yapılan kusurlu tedaviden mi kaynaklandığı konusundaki, Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 11.7.2005 tarihli kararı şu şekildedir: “....Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun raporuna göre, ölümle trafik kazası arasında illiyet bağı bulunduğu belirtilmiş olması karşısında, 1219 sayılı Yasanın 75. maddesi uyarınca doktor olan sanığın olayda mesleki kusuru bulunup bulunmadığının Yüksek Sağlık Şurası'ndan sorularak, sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde beraat hükmü tesisi kanuna aykırıdır. ” . (2005/1832 E. 2005/5611 K) (www.kazanci.com.tr).

Bu olayda ilk derece mahkemesi, mağdurun ölümünün trafik kazasından kaynaklandığının tespit edilmiş olmasını illiyet bağının varlığı açısından yeterli görmüş ve adli tıp raporuna göre karar vermiştir. Ancak Yargıtay tedavi eden doktorun ölümde sorumluluğunun olup olmadığının Yüksek Sağlık Şurasından sorulması gerektiğini belirterek kararı bozmuştur.

Nedensellik bağı konusu ihmali suçlarda özellikle incelenmiştir. İhmali hareketin yapılması ile oluşan saf ihmali suçlar, neticesi harekete bitişik suçlar olduğundan bu suçlarda nedensellik bağının aranması pratik açıdan önemsizdir (15, 31). Ancak

garantörsel ihmali suçlar da ihmali hareketin yapılmasından sonra ayrıca bir neticenin oluşması da suçun varlığı açısından gerekli olduğundan, bu suçlarda nedensellik bağının araştırılması önemlidir.

Hareketsizliğin bir neticenin sebebi sayılıp sayılamayacağı doktrinde tartışılmıştır (15). İhmali harekette bulunan failin sonucu önleme gücüne sahip olduğu halde önlemediği kanaatine varılırsa ihmalin nedenselliği kabul edilmelidir (1) . Burada sonucu önleme konusunda hukuki bir yükümlülüğün varlığının gerekip gerekmediği tartışmalıdır.

Dönmezer –Erman’a göre icrai bir suçta, müspet hareketle belli suça bizzat sebep olan kimse hakkında, maddi unsurun gerçekleştiğinin kabulü için bu nedensellik ilişkisi dışında bir de hukuki yükümlülük nasıl aranmıyorsa ; bizzat kendi ihmali (menfi) hareketi ile belirli sonuca sebebiyet veren kimse hakkında da böyle bir hukuki yükümün varlığını aramak gerekmez. “ Örneğin, hasmının ölmesi amacıyla karanlık ve merdivenleri bozuk binanın elektriğini yakmayan kişinin binanın kapıcısı ya da sahibi gibi elektriği yakmakla görevli birisi olması beklenemez. ” (15). Aynı görüşte olan Demirbaş’a göre, nedensellik serisi fail tarafından başlatılmışsa failin sorumluluğu için hukuki yükümlülüğün olup olmadığına bakılmaz. Çünkü, fail icrai hareketi yapsaydı netice meydana gelmeyecekti, denilebilir (13). Kunter de hukuki yükümlülüğün mahsus bir hukuka aykırılık unsuru olduğunu savunmaktadır (31).

Failin bizzat kendi ihmali hareketi sonucunda bilerek, isteyerek tipik neticeyi meydana getirmesi halinde, ihmali hareketle işlenen suçtan sorumluluk için, failin belli bir yükümlülüğünün bulunması gerekmez.

Fakat tabiat kuvvetleri veya üçüncü bir kişinin hareketi sonucunda meydana getirilmekte olan neticeye engel olmamak, başlamış bir nedensellik serisine ihmali tutum sergilemek suretiyle müdahale etmemek durumunda sorumluluk için, hukuken neticeyi engellemekle yükümlü (garantör) olmak ve bu yükümlülüğü yerine getirmek imkanına sahip olmak şarttır. Aksi halde, insanın hemcinslerine karşı müdahale alanı ölçsüz bir şekilde genişlemiş olur. Bu şekildeki sorumluluk için, neticeyi önlemek konusunda hukuken yükümlü olmak yanında gerekli olan hukuki yükümlülüğü yerine getirme imkanına (olanağına) sahip olmak da gerekir.Somut olayda maddi olarak neticeyi önleme imkanının mevcut olması, failin çok büyük ve beklenilemez bir fedakarlık yapmasının gerekmemesi ile mümkün olur (15,1,13).

Nedensellik bağının ne şekilde tespit edileceği konusu, sebeplerin fazlalığı nedeniyle doktrinde tartışmalıdır. Şart teorisi (31,10,3), uygun sebep teorisi, karma teori (15,1) ve subjektif sorumlulukta şart teorisi (13) gibi teoriler vardır. Yargıtay'ın bazı kararlarında şart teorisine, bazı kararlarında uygun sebep teorisine göre karar verdiği görülmektedir.

Şart teorisi, neticenin bir çok şartın birleşmesinden meydana geldiğini, şartların hepsinin netice bakımından zorunlu olduğunu kabul eden teoridir. Bu şartlardan birisinin bulunmaması durumunda, netice gerçekleşmiyorsa o şart netice yönünden sebeptir. Failin hareketinden önce veya sonra hareketine eklenen şartlar da sebep değeri taşır (31, 10, 13, 3, 45) .

Uygun sebep teorisi ise, hukuk alanında sebep değeri taşıyabilmesi için bir şartın (hareketin), belli bir neticeyi meydana getirmeye elverişli ve uygun olmasını aramaktadır (15) . Bu teoriye göre hareketin neticeyi meydana getirmek için uygun olup olmadığı hakim tarafından, failce harekete geçilmezden önce bilinen ve orta tecrübeli bir kişi tarafından da doğru bir muhakeme neticesinde bilinebilecek olan şartlara göre, neticenin öngörülmesinin mümkün olup olmadığına bakılmak suretiyle tespit edilir (15, 13, 10, 3) . “ Bu itibarla bir sebebin belli bir neticeyi meydana getirmek bakımından uygun ve elverişli olup olmadığını saptamak durumunda bulunan ve teorinin gereği olarak geniş bir takdir hakkını kullanacak olan hakimin, zihnen hareket yapılmazdan önceki durumu göz önünde tutması yani olayı önceden incelemesi gerekir. Şayet önceden bilinen şartlara göre, sebebin belli bir neticeyi meydana getireceği normal olarak öngörülebiliyorsa sebep uygundur ; aksi halde tesadüfidir. ” (15) .

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 11.2.2004 tarihli kararında, ölüm neticesi ile sağlık çalışanlarının ihmali hareketi arasında nedensellik bağı varsa taksirle adam öldürme ; yoksa görevi savsama suçunun oluşacağını şu şekilde hükme bağlamıştır : “...sanıkların savsamalarının olup olmadığı, sanıkların yasal sorumluluklarını yerine getirseler dahi ölümün gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda rapor alınıp; ölüm kaçınılmaz ise görevi savsama, ölüme bu savsama etkili ise taksirle ölüme neden olma suçundan hüküm kurulmalıdır. ” (Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2003/1064 E. 2004/2055 K. 11.2.2004 T.) (www.kazanci.com.tr) .

Kararda, garantörsel ihmali suçun oluşmuş sayılması için netice ile ihmali hareket arasında nedensellik bağının tespit edilmesi gerektiği, ölümle ihmali hareket arasında nedensellik bağı yoksa saf ihmali suç olan görevi savsama suçunun oluşmuş sayılacağını belirlemiştir.

Yargıtay'ın son zamanlarda uygun sebep teorisine ağırlık verdiğini söyleyebiliriz. Yeni Türk Ceza Kanunu'nda da uygun sebep teorisinin üstün tutulduğu, kanunkoyucunun 23. maddedeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda en azından taksirle hareket edilmiş olunması gerektiğini kabul etmesinden ve objektif sorumluluğun kanundan çıkarılmış olmasından da anlaşılabilir (10) .

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

“ Hukuka aykırılık ” , kanundaki suç tarifine uygun şekilde gerçekleştirilen fiile hukuk düzeni tarafından cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir (16, 1, 10, 13, 3) .

Bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığını belirlemek için, bütün hukuk düzenini göz önünde tutarak, o fiili hukuka uygun hale getirecek herhangi bir sebebin bulunup bulunmadığını araştırmak gerekir. Hukuka aykırılık, parçalanması mümkün bir kavram değildir. Bir fiilin belli bir hukuk dalına göre hukuka uygun, başka bir hukuk dalına göre hukuka aykırı sayılması hukuk kavramının özüne ters düşer. Bir fiilin hukuka aykırı olduğu genel olarak tespit edildikten sonra, ceza hukuku bakımından da bu niteliği taşıyıp taşımadığının yani, ceza kanunundaki suç tiplerinden birine uyup uymadığının tespiti gerekir. Hukuka aykırılığın bir suç unsuru olabilmesi için bu şarttır (16, 1, 10, 13).

Kanun'da çeşitli suçlar bakımından hukuka aykırılığı özel olarak belirten bazı terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, 5237 sayılı kanunun 99.maddesindeki çocuk düşürtme suçlarında, “ Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürtme ”, “ Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu düşürtme ” , “ Yetkili olmayan kişi tarafından çocuk düşürtme ” ; 187. maddedeki , “Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten ” ; 210. maddedeki “ Gerçeğe aykırı belge düzenleyen ” ; 257.maddede “ Görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle ” ; 287. maddede “ Yetkili hakim yada savcı kararı olmaksızın ” gibi ibareler kullanılarak hukuka aykırılık halleri özel olarak belirtilmiştir. Kanunun bu

şekildeki ve benzer deyimlerle, suçların genel unsurunu oluşturan hukuka aykırılıktan ayrı olan “ Hukuka özel aykırılık ” hallerini ifade ettiği düşünülmektedir (16,10, 13, 3,) .

Kanun’un bazı maddelerinde hukuka aykırılık unsurunun özellikle gösterilmiş olması sebepsiz olamaz. Dönmezer - Erman’a göre hukuka özel aykırılığın arandığı hallerde hakim hukuka aykırılığın varlığını aramakla yetinmeyecek , ayrıca failin bu özel hukuka aykırılığı bilip bilmediğini ve böylece hareket etmeyi isteyip istemediğini, kusurluluğunun bu unsuru da kapsayıp kapsamadığını araştıracaktır. Bu bakımdan hukuka özel aykırılık konusu önemlidir (16,10,3,13) .

Hukuka aykırılık ile kusurluluk farklı kavramlardır . Hukuka aykırılık fiilin objektif bir değerlendirmesidir ; fiil ile hukuk düzeni arasındaki çelişkidir. Kusurluluk ise, fail ile fiil arasındaki psikolojik ilişkidir. Hukuka aykırılığın faile yüklenebilmesi için, failin iradesinin değerlendirilmesi kusurluluk değerlendirmesidir. Hukuka aykırılık değerlendirmesi olan objektif değerlendirmenin dışındadır (16, 3, 13) .

Her hukuka aykırılık suç oluşturmaz. Hukuka aykırılık geniş bir kavramdır. Kanunlarda suç olarak tanımlanmış hukuka aykırılıklar suçtur ve cezai sorumluluk gerektirir (16,20) . Cezai sorumluluk gerektirmeyen (suç niteliğinde olmayan) bir durum hukuka aykırı olabilir, başka bir düzenlemeyi ihlal edebilir. Örneğin, zina ceza kanunda suç değildir ; ama 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 161. maddesinde boşanmak için haklı sebeptir.

Ceza normunun yasakladığı bir fiilin istisnai koşullarda işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurallara “ Hukuka uygunluk sebepleri ” denir. Suçun oluşması için gerekli unsurlardan olan hukuka aykırılık unsurunun varlığı için, hukuk düzenine muhalefetin yanında hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması da gerekir. Örneğin, adam öldürmek suçtur. Ancak adam öldürme fiilini fail, kendisini öldürmek isteyen birisine karşı, meşru müdafa yaparken işlemişse suç oluşmaz.

Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı fiilin doğrudan doğruya hukuka uygun biçimde ortaya çıkmasını sağlar, hukuka aykırılık gerçekleştikten sonra etki etmez. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı etkilerini göstermeleri için yeterlidir. Yani hukuka uygunluk sebepleri objektif bir etkiye sahiptir (16, 1, 10, 3, 13, 32) .

Katoğlu hukuka uygunluk nedenlerini “ hukukun birliğini sağlayan temel ” olarak göstermiştir. “ Ceza hukukuna aykırılık, Medeni hukuka aykırılık ya da İdare hukukuna

aykırılık deyimlerinde olduğu gibi hukuka aykırılık, ihlal edilen hukuk normlarının adı ile anılabilmekle ve hukukun bu alt dalları bakımından sonuç doğurabilmekle birlikte, hukuka uygunluk nedenleri hukuk düzeninin bütünü bakımından hüküm ifade eder. Bu noktada hukuka uygunluk nedenleri sadece hukukun bütünü bakımından sonuç doğurmakla da kalmaz, hukukun birliğini sağlayan bir temel oluşturur. ” (29) .

765 sayılı eski Ceza Kanunu’nun yürürlüğü sırasında yazılmış olan ceza hukuku kaynaklarında hukuka uygunluk sebepleri, “Ceza Kanununda Yer Alan Hukuka Uygunluk Sebepleri” ve “Ceza Kanununda Yer Almayan Hukuka Uygunluk Sebepleri” olarak iki büyük başlık altında incelenmekteydi.

765 sayılı Ceza Kanunu’nda yer almayan hukuka uygunluk sebepleri , “ Hakkın İcrası ” ve “ Mağdurun Rızası ” idi. Ancak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nda hukuka uygunluk sebeplerinin tümü birlikte yer almaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki hukuka uygunluk sebepleri “ Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Ve Azaltan Sebepler ” başlığı altında, kanunun İkinci Bölümünü oluşturmaktadır. Hukuka uygunluk sebeplerinin kanunda bu şekilde isimlendirilmesi doktrinde uygun görülmemektedir. Zira bu başlık altındaki “ Kanunun hükmünü, amirin emrini ifa ” , “ Meşru savunma ve zorunluluk hali ” , “ Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası ” halleri, ceza sorumluluğunu kaldırmaz eylemin hukuka uygun olarak doğmasını sağlar.

Hukuka uygunluk sebeplerinin 5237 sayılı Kanun’da cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit, haksız tahrik gibi kusurluluğu etkileyen hallerle birlikte, “ Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Ve Azaltan Sebepler ” başlığı altında yer alması, doktrine göre uygun değildir. Kanunda bu başlık altında yer alması, sanki eylem hala suç olmaya devam ettiği halde bu sebepler ceza sorumluluğunu kaldırıyormuş gibi bir anlam oluşmasına neden olmuştur. Oysaki eylem hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde baştan hukuka uygun doğar. Önce suç olarak meydana gelip sonradan hukuka uygun hale gelmez (10,3,32) .

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223/2-d maddesinde “ hukuka uygunluk nedeni ” ifadesi kullanılmıştır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223/2-d maddesinde kanun koyucu, beraat kararı verilmesini gerektiren hallerden birini “ Olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması ” olarak belirlemiştir. Hukuka uygunluk nedeni

ifadesinin kanunda zikredilmiş olması önemlidir. Ancak madde, “ Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması...” şeklinde olduğundan, maddenin lafzından suçun meydana gelmesinden sonra hukuka uygunluk nedeninin etkisini gösterdiği çıkarılabilir. Bu nedenle kanaatimizce, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223/2-d maddesinde kullanılan ifadenin, fiilin baştan hukuka uygun olarak doğmasını sağlayan “ Hukuka uygunluk nedeni ” ifadesini karşılamadığı düşünülmektedir.

5237 sayılı Ceza Kanunu’nun 26. maddesinde yer alan “ Hakkın kullanılması ” ve “ İlgilinin rızası ” hukuka uygunluk sebepleri konumuz açısından önem arz etmektedir. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu, bazı müellifler hakkın icrasına bağlarken (16,36,13,8,27,10,3), bazıları ilgilinin rızasına (21,9), bazıları “ Hakkın kullanılmasına işlerlik kazandıran hastanın rızasıdır ” şeklindeki görüşe (4), bazıları da izin verilen risk doktrinine (45,11) bağlamaktadır.

Soyaslan ise tıbbi müdahaleleri “ 5237 Sayılı Kanunda Yer Almayan Hukuka Uygunluk Sebepleri ” arasında belirlemiştir. Mağdurun rızasının yanında hastayı iyileştirmek amacını da hukuka uygunluk sebebi olarak saymıştır (43).

A. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Bu bölümde hukuka uygunluk sebeplerinin sadece sağlık çalışanının tıbbi müdahaleden doğan ceza sorumluluğu ile ilgili yönleri incelenecektir.

I. Kanun Hükmünü İfa

5237 sayılı kanunun 24 / 1. maddesinde yer alan “ Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez ” hükmündeki “ kanun ” kelimesinden kastedilen, dini ve ahlaki bir kural değil, kanun ya da başka bir metinde yer alan hukuk kuralıdır (16,1,13,3) .

Kanun, tüzük, yönetmelik gibi maddi anlamda kanun niteliği taşıyan bir hukuk kuralının, herkese yada belli kişilere belli şekillerde davranma yükümlülüğü yüklemesi sözkonusu olabilir (1,10,13,3,32) .

Örneğin, kamu görevlisi bir doktor, kendisine adli genital muayene için getirilmiş bir bayanı, getiren kişi yetkili hakim ve savcı kararı ibraz etmediği için muayene etmez ise görevi ihmal suçunu işlemiş olmaz. Çünkü, Türk Ceza Kanunu’nun 287. maddesini, yani kanun hükmünü uygulamaktadır. Doktorun eylemi kanunun hükmünü uyguladığı için hukuka aykırı değildir.

Bu örnekteki “ Genital Muayene ” başlıklı suçun bütün genital muayeneleri kapsamadığını belirtmek gerekir. Şöyle ki; 5237 sayılı Kanun’un 287. maddesinde “ Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. ” (2) denilmektedir. Bu suç, kanunun “ Adliye Karşı Suçlar ” bölümünde yer almaktadır ve suçun mağduru adliyedir. Bu nedenle maddeye göre bütün genital muayenelerde değil, sadece adli nitelikteki genital muayenelerde hakim ya da savcı kararı gerekmektedir.

Anayasa’nın 17. maddesindeki kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ilkesinin istisnasını teşkil eden “ Kanunda yazılı haller ” , 5237 sayılı Kanun’un 24. maddesinde de hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Kanun hükmünü yerine getirme hallerinde yapılan tıbbi müdahaleler rıza dışı da olsa hukuka uygundur. Örneğin, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75. ve 76.maddelerindeki “...şüpheli, sanık ve diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması...” gibi, kanunun belli şartlarla izin verdiği, suç delillerinin ortaya çıkartma amaçlı muayenelerde şüpheli, sanık ya da diğer kişiler rıza göstermeseler de kanunun hükmü uygulandığı için müdahaleler suç teşkil etmez. Bu tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk sebebinin ceza kanunda yer alan “kanun hükmünü ifa” hukuka uygunluk sebebi olduğu düşünülebilir (2).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 1.2.2005 tarihli kararında, tıbbi müdahalelerin kanun hükmü nedeniyle hukuka uygun olduğu yönündeki Başsavcılık mütalası şu şekildedir: “...İstisnai iki halde vücut bütünlüğüne karşı yapılan müdahaleler hukuka uygun kabul edilmiştir. Bunlar spor karşılaşmaları ve tıbbi müdahalelerdir. Spor oyunları sırasında oyun kuralları içerisinde rakibe karşı müessir fiilde bulunulması durumunda hukuka uygunluk sebebi mevcuttur. Çünkü bizzat Devlet veya uluslararası kuruluşlar bu faaliyetleri organize etmekte, izin vermektedir. Tıbbi müdahaleler konusunda ise 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunlarda özel düzenlemeler mevcuttur ...”(2004/9-213E. 2005/3K.) (www.kazanci.com.tr).

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 18.maddesinde doktorun, resmi ve insani vazifenin ifası ile acil hallerde hastayı reddedemeyeceği kuralı yer almaktadır. Bu kural gereği doktorun resmi görev, insani görev ve acil müdahale hallerinde hastaya bakması da kanun hükmünü ifa sayılabilir.

II. Amirin Emrini İfa

5237 sayılı Kanun'un 24 / 2. maddesinde “ Yetkili merciden verilip yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. ” denilmektedir (2). Maddeye göre, bir fiilin amirin emrini ifa sebebiyle hukuka uygun bulunması için, yetkili merci tarafından verilmiş olması, şeklinin ve içeriğinin kanuna uygun olması, bağlayıcı olması ve görev gereği bu emrin yerine getirilmesi zorunluluğu bulunması gerekmektedir. Bu şartlarda emri yerine getiren sorumlu olmaz (16,1). Özellikle 24/4. maddede belirtilen, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellenmesi durumlarında emri verenin sorumlu olduğu açıkça belirtilmiştir.

Amirin emrinin hukuka uygun olması için, yetkili kişi tarafından yerine getirilmesi zorunlu bir emir verilmiş olması yanında, emrin biçim ve öz olarak da hukuka uygun olması gerekir. Örneğin, yazılı verilmesi gereken emrin sözlü verilmesi biçime aykırılık teşkil eder. “ Biçimsel açıdan kanuna uygun olan bir emir, öz bakımından iki nedenle yasaya aykırı olabilir : Emrin konusu yasaya aykırı olmakla beraber suç değildir. Ya da emrin konusu doğrudan doğruya suç teşkil eder. ” (1) .

Bir memur, konusu suç teşkil etmeyen; ancak yönetmelik, tüzük, yasa, Anayasa hükümlerinden birine aykırı olan bir emir alacak olursa, emri yerine getirmez ve bu hukuka aykırılığı emri verene bildirir. Ancak üstü emrinde ısrar eder ve bu emri yazı ile yinelerse emir yerine getirilir ve emri yerine getiren sorumlu olmaz. (1) Bu husus Anayasa'nın “ Kanunsuz Emir ” başlıklı 137/1. maddesi ve Türk Ceza Kanunu'nun 24/2. maddesinde de yer almaktadır.

Anayasa'nın 137/2. maddesindeki, “ Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez...” hükmüne paralel olarak getirilen Türk Ceza Kanunu'nun 24/3. maddesi, konusu suç teşkil eden emri yerine getirmeye hiçbir şekilde izin vermemektedir. Bu halde Anayasa'daki ifadeye göre, “ Suç teşkil eden emri yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz ” ; Ceza Kanunu'nun ifadesiyle de suç teşkil eden emri “...yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. ” . Bu maddenin değerlendirilmesinde, fiilin baştan hukuka uygun doğmasını sağlayan hukuka uygunluk nedenlerinden olan “ Amirin emrini ifa ” nın fiili suç olmaktan çıkarmadığı görülmektedir.

5237 sayılı Kanun'da bir fiilin hukuka aykırı olması ile suç teşkil etmesi arasındaki fark nedeniyle, hukuka aykırı yazılı emri yerine getirenin sorumlu olmayacağı ; ancak suç

teşkil eden emri yerine getirenin sorumlu olacağının belirlendiğini söylemek mümkündür. Her hukuka aykırılığın Ceza Kanunu'nda suç olarak tanımlanmadığı, hukuka aykırılığın daha geniş kapsamı haiz olduğu daha önce belirtilmişti .

Amirin konusu suç teşkil eden emrini yerine getiren kimsenin fiili ancak şu iki halde hukuka uygun olabilir :

1. Emri yerine getiren memur emrin hukuka aykırı olmadığını düşünmüş, bu konuda esaslı hataya düşmüşse,

2. Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi kanun tarafından engellenmişse (TCK.24/4).

Bu iki hal dışında konusu suç teşkil eden emirin yerine getirilmesi cezai sorumluluk gerektirir (16,13,32) .

III. Görevin İfası

Kanun hükmünü ifa ve amirin emrini yerine getirme olarak 24.maddede düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerini bazı yazarlar “ Görevin ifası ” başlığı altında tek bir hukuka uygunluk sebebi olarak ele almışlardır (16,13).

Bu yazarlara göre, görevin yerine getirilmesi, geniş anlamda hakkın kullanılması kapsamına girer. Görevini yerine getiren kimse neticede görevin kendisine yüklediği hakkı kullanıyordur. Ancak hakkın kullanılmasında bir yetki, görevin yerine getirilmesinde bir yükümlülük söz konusudur (16,13) .

Doktorların Tababet Kanunu, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi gibi bir çok mevzuatta hastayı tedavi etme hak ve yükümlülüğü mevcuttur. Daha önce de belirtildiği üzere doktor acil hallerde, resmi vazifenin ifası ve insani vazifenin ifası hallerinde hastayı reddedemez, mesleğini uygulamak hastaya bakmak zorundadır. Bu yükümlülük doktorun görevidir. Kanundan kaynaklanan hakkını icra ederken, görev yükümlülüğüne de uymak zorunda olan doktorun, bu hallerde uyguladığı tıbbi müdahale fiillerinin hukuka uygunluk sebebinin görevin ifası olduğu düşünülebilir. Ancak Tababet Kanundan kaynaklanan tedavi etme hakkı temel teşkil ettiğinden, bu durumlarda da öncelikle kanundan kaynaklanan hakkın icrası sebebiyle hukuka uygunluğun mevcut olduğunu düşünmekteyiz.

Doktorlar dışındaki diğer sağlık mesleği mensuplarının da Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, Ayakta Teşhis Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik gibi çeşitli mevzuatlarda yükümlülükleri belirlenmiştir.

Sonuç olarak; sağlık mesleği mensubunun kendisine çizilen hukuki çerçeve içinde yaptığı tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk nedeni, hakkın icrasını da içinde barındıran görevin ifası hukuka uygunluk sebebidir denilebilir. Zira hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinde, kişinin hakkını kullanıp kullanmama konusunda ihtiyarı mevcuttur. Ancak tıbbi müdahalede bulunma hakkını kullanıp kullanmama konusu, resmi ve insani vazifenin ifası hallerinde ve acil hallerde doktorun isteğine bırakılmamış ve bu konuda hukuki bir yükümlölük getirilmiştir. Bu yükümlölük nedeniyle zorunlu olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler görevin ifası sebebiyle hukuka uygun sayılabilir. Bu hukuka uygunluk sebebine hakkın icrasının da dahil olduğu Dönmezer-Erman tarafından dile getirilmiştir (16).

Kanaatimizce, görevin ifası hukuka uygunluk sebebinin, hem kanunda mevcut olmaması hem de hakkın icrası ile birlikte düşünölmesi sebebiyle tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu hakkın icrasına dayandırılmalıdır. Görevin ifasında isteğe bağlılık değil bir yükümlölük olduğu halde ; hakkın kullanılmasında isteğe bağlılığın söz konusu olması hali, doktorun müdahale ile yükümlü olduğu hallerde görevin ifası hukuka uygunluk sebebinin kullanılması gereğini düşündürebilir. Ama bu durumda da doktorun Tababet Kanundan doğan tedavi etme hakkı olmasa görevini ifa ile yükümlü olamayacağı, yani temel nedenin hakkın icrası olduğu düşünölmektedir.

IV. Meşru Savunma Ve Zorunluluk (İztırar) Hali:

Meşru savunma 25. maddenin 1. fıkrasında şöyle tanımlanmıştır : “ Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı, o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez. ” (2).

Zorunluluk yani ıztırar hali ise aynı maddenin 2. fıkrasında şu şekilde belirtilmiştir : “ Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez . ” (2).

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere zorunluluk halinin meşru savunmadan farkı, tehlikeden kurtulmak amaçlı olmasıdır. Oysa meşru savunmada mevcut bir saldırı olması

gerekmekte tehlike yeterli olmamaktadır. Zorunluluk halinin kabulü için, kişinin tehlikeye bilerek neden olmaması, tehlikeden suç olan bir harekete başvurmada kurtulmanın olanaklı bulunmaması , tehlikenin ağır ve muhakkak olması, tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan araç arasında orantı bulunması aranacaktır. Örneğin, annenin hayatını tehlikeye sokan bebeğin alınması ıztırar halinin varlığı sebebiyle suç oluşturmamaktadır.

V. Hakkın İcrası

Hukuken tanınmış, korunmuş bir hak veya yetkinin kuralları çerçevesinde hukuka uygun olarak icra edilmesi hukuk tarafından korunur (16). Hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26/1. maddesinde “ Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. ” şeklinde belirtilmiştir (2).

Hakkın icrasının, hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için bazı şartların varlığı gerekir. Bunlar :

- 1-Subjektif bir hakkın bulunması,
- 2-Bu hakkın fail tarafından doğrudan doğruya kullanılmasının mümkün olması,
- 3-Hakkın hakkı doğuran sebebin sınırları içinde kullanmış olması,
- 4-Hakkın kullanılması ile işlenen suç arasında düşünsel bir bağlantının varlığıdır (16,10,3,13,32) .Unsurlara genel olarak değinelim:

1-Subjektif bir hakkın bulunması

Failin hukuka uygun olarak sahip olduğu bir subjektif hakkının olması gerekir. Subjektif hak, hukuk düzenince bireye belli sınırlar dahilinde tanınan bir hareket, yetki ve serbestliktir. Örneğin hekim, Türkiye’de hekimlik yapabilme koşullarını haiz bir hekim olmalıdır ki ; vücut bütünlüğüne dokunma hakkı olsun. Tababet Kanunu’nun 1.maddesine göre, “ Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır. ”. Ayrıca hasta üzerinde cerrahi ameliyede bulunabilmek için hekimin ihtisas belgesini haiz olması gerektiği 3. maddenin 1.fıkrasında belirtilmiştir.

Tıp meslek ve sanatının icrasına, bir tıp fakültesinden diploma almak ve tabip odalarına kaydolunmak şartları ile izin vermiş olan Tababet Kanunu, bu mesleğin veya sanatın kullanılması konusunda hekime subjektif bir hak tanımıştır (13).

Failin kullandığı hakkın kaynağı kamu hukuku, özel hukuk (hukuki işlem), kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamlar, yargı kararı olabilir. Hukuk kurallarını

tamamlayıcı nitelikte olursa örf-adet de hakkın kaynağını teşkil edebilir (16,10,13,3,32). 26. madde gerekçesine göre bu kaynaklara ek olarak hakkın kullanılması, "...hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla bir mesleğin icrasından da doğabilir. " (2).

2-Bu hakkın fail tarafından doğrudan doğruya kullanılmasının mümkün olması

Subjektif bir hakkı kanun dairesinde haiz olan şahsın bu hakkını kullanmak için bir vasıtaya ihtiyacı olmamalıdır. Şahsın hiçbir merciin aracılığına mecbur kalmaksızın hakkını kullanmak imkanı bulunmalıdır. Bu itibarla, şayet failin hakkını kullanmazdan önce ya da kullandığı sırada yargı organlarına başvurarak hakkının varlığını tespit ettirmesi gerekiyorsa ortada bir hukuka uygunluk sebebi yoktur (16).

3- Hakkın hakkı doğuran sebebin sınırları içinde kullanmış olması

Hakkın kullanılmasının bir hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için kişi hakkını hakkı yaratan kaynağın sınırları dahilinde kullanmalıdır. Aksi halde sınırları aşarak kullanılan hak hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez. Fail hakkının sınırlarını aşmışsa hakkın kötüye kullanılması söz konusudur (16).

Hakkın kullanılmasının sınırları tıbbi müdahalede bulunma hakkı olan sağlık mesleği mensupları açısından , tıp meslek ve tekniğinin sınırları içinde hareket etmiş olmak ve meşru bir amaçla hareket etmiş olmaktır. Doktrinde, tıp bilim ve tekniğine uygun müdahalede bulunmuş olmak objektif sınır, meşru bir amaçla hareket etmiş olmak subjektif sınır olarak nitelendirilir. Örneğin, bir kimse başka bir kimsenin kolunu keserse bu suçtur. Aynı eylemi bir doktor tedavi esnasında, tedavi amacıyla yaparsa, doktor olarak kendisine verilen vücut bütünlüğüne dokunabilme hakkını kullandığı için fiil suç teşkil etmez. Ancak suç teşkil etmemesi için, kanunlardaki Türkiye’de hekimlik yapabilme şartlarını haiz olması ve tıp bilimi kurallarına uygun bir şekilde, meşru bir amaçla hareket etmiş olması gerekir. Doktrinde ağırlıklı görüş tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu hakkın icrası hukuka uygunluk sebebine dayandırmaktadır (16,27,36,8,13,10,3,24).

4- Hakkın kullanılması ile işlenen suç arasında düşünsel bir bağlantının varlığı

Hakkın kullanılması, failin hakkını kullanmasının amacına hizmet etmelidir ve bir yarar sağlamalıdır. Hakkın kullanıldığı düşünülerek icra edilen fiil, amaca ulaşılması için gerekli olmalıdır. Hakkın kullanılması bakımından zorunlu olmamakla beraber, faydalı dahi olmayan bir fiilin icrası halinde, hak kullanıldığı için fiil hukuka uygun sayılmaz (16). Zira hakkın kullanılması ile işlenen fiil (suç) arasında düşünsel bir bağlantı söz konusu

değildir. Örneğin, bayan hastanın kırık bacağını alçıya alan ortopedi uzmanı doktorun, alçı kontrolü için ikinci kez gelen hastaya vajinal muayene yapması durumunda; alçı kontrolü için böyle bir muayene zorunluluğu olmadığı ve fayda sağlamayacağı bilinmektedir. Bu şekilde davranan doktorun yaptığı vajinal muayene, hakkını kullandığından bahisle hukuka uygundur denilemez. Çünkü, hakkın kullanılması ile işlenen suç (cinsel taciz) arasında düşünsel bir bağlantı yoktur.

Dönmezer-Erman'a göre hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinde, subjektif hakkın varlığı için, hukuken korunmuş ve bu korunmadan yararlanma hususu hak sahibinin iradesine bırakılmış bir yararın söz konusu olması ve hukuk kuralınca tanınan koruma sınırları içinde failin, kendisine ve mensup olduğu topluluğa ait bir yararı sağlamak amacı ile iradi bir şekilde harekete geçmek hususunda bir yetkiye malik bulunması gereklidir (16,13).

Hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi bu şartların birlikte varlığı halinde tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getirir. Tıbbi müdahale fiili ile tedavi etme fiilinin farklı kavramlar olması, tedavi fiililerini icra konusunda kanunen tek yetkili olan doktorların sorumluluğunun belirlenmesi açısından önemlidir.

Tedavi etme fiili ile tıbbi müdahale fiili aynı kapsamda değildir. Her tedavi tıbbi müdahale kapsamında olmasına rağmen her tıbbi müdahale tedavi kapsamında değildir. Koruma, önleme, teşhis vb. amaçlı tıbbi müdahaleler vardır. Ebelerin yaptığı aşı uygulaması koruma ve önleme amaçlı tıbbi müdahalelere örnek verilebilir. Tıbbi müdahalelerin bir kısmını teşkil eden hasta tedavi etme konusunda, Tababet Kanunu gereği sadece doktorlar yetkili ve görevlidir ; bu konuda doktorlar tababet kanununun verdiği yetkiden kaynaklanan hasta tedavi etme hakkını kullanırlar.

Doktorlar, Tababet Kanunu'nun 1.maddesinin verdiği, tedavi etme hak ve yetkisini kullanırlarken serbest değillerdir (41). Meslek etiği ile ve çeşitli hukuki düzenlemelerle sınırlandırılmışlardır.

Devlet sağlık hizmetinin sunumunda temel teşkil eden meslek mensuplarına, mesleklerini icra etmeleri sırasında belli sınırlamalar ve zorunluluklar getirmiştir. Kanunların vücut bütünlüğüne müdahale hakkını tanıdığı doktorların mesleklerini diledikleri gibi değil bazı hallerde kanuni yükümlülükler çerçevesinde icra etmeleri gerektiği belirlenmiştir. Bu belirlemelerden biri de Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin

18.maddesidir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 18.maddesi, hekimlerin hastayı reddetme hakkını kullanmayacağı alanları acil haller, resmi ve insani vazifenin ifası olarak belirlemiştir (41). Doktorlar, kendilerine getirilen acil hastaya “ ben seni tedavi etme hakkımı kullanmak istemiyorum ” diyemezler. Bu durum Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi başta olmak üzere çeşitli mevzuat ve meslek etik kuralları vasıtasıyla engellenmiştir.

Doktor hastaya tıp bilgisi ve tecrübesine göre nasıl uygun görürse o şekilde müdahale eder; bu konuda tıp bilim ve tekniği çerçevesinde tam bir serbestisi mevcuttur. Ancak müdahale edip etmeme konusunda belli alanlarda serbest değildir. Demek oluyor ki; kanundan kaynaklanan tıbbi müdahale hakkını kullanan doktor ayrıca yine kanunla getirilen tıbbi müdahale yükümlülüğüne de uymak zorundadır.

Burada tartışılması gereken konu doktorların acil hallerde, resmi ve insani vazife gerektiren hallerde yaptığı müdahaleler sonucunda müessir fiil ya da ölüm olayı gerçekleşirse, doktorun hangi hukuka uygunluk nedenine göre suçsuz sayılacağıdır. “ Kanun hükmünü ifa ”mı, “ Hakkın icrası ”mı, Kanun hükmünü ifa ve hakkın icrasını da kapsadığı kabul edilen “ Görevin ifası ”mı? Bu konudaki kanaatimizi tartışma – sonuç bölümünde belirteceğiz.

VI. İlgilinin Rızası

İlgilinin rızası, hakkı ihlal edilen kişinin ihlale rıza göstermesi halinde bu ihlalin hukuka uygun hale gelmesini sağlar. Bazı müelliflerde tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu bu sebebe dayandırmıştır (21,9).

Belgesay, zaruret halleri istisna olmak üzere rızası olmaksızın bir kişiye ameliyat yapmak ile adi bir yaralama arasında kanun nazarında fark olmadığını belirterek, zaruri haller dışındaki cerrahi müdahalelerin hukuka uygunluğunu, ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebine dayandırmıştır (9) .

5237 sayılı Kanun'un 26 / 2. maddesinde “ Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez. ” şeklinde ifade edilen ilgilinin rızası, belli şartların gerçekleşmesi halinde suçun oluşmasını engeller. Rıza, şartları mevcutsa ceza hukuku bakımından etki doğuran hukuki işlemdir ve hukuki işlem teşkil ettiği hallerde hukuka aykırılığı giderici niteliktedir (16) .

İlgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinin ceza hukuku alanında geçerli bir hukuki işlem olarak fiili suç olmaktan çıkarabilmesi için; rıza açıklamaya ehliyet, rıza açıklaması, rıza açıklamasının konusu başlıkları altında toplanabilecek bazı şartlar gerekmektedir (16, 13, 10, 27, 32) .

1. Rıza Açıklamaya Ehliyet

Kendi aleyhine sonuç doğurabilecek bir fiile rıza gösteren kişi, her şeyden önce bu rızayı açıklamaya ehil olmalıdır (16) . Türk Ceza Kanunu’nun 26.maddesinin gerekçesinde de, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin rızasını açıklayabilmesi için, bu rızayı açıklamaya kanunen yetkili, ehil olması gerektiği belirtilmiştir (2).

Rıza açıklaması yapmaya kanunen yetkili kişi, gerçekleştirilen fiil nedeniyle aleyhine sonuç doğacak olan kişidir. Ancak kişisel yararı olan ilgili rıza göstermeye yetkilidir. Açıklanması gereken rıza, rızası olmazsa aleyhine suç işlenmiş olacak kişinin yani suçun pasif sujesinin rızasıdır. İlgilinin rıza açıklamasını bizzat yapması gerekir, temsil mümkün değildir. (16,27,10,3,13,32).

Rıza açıklaması yapmaya ehil olmak ise davranışların anlam ve sonuçlarını algılayabilecek yaş ve yetenekte olmaktır. 18 yaşından büyükler kural olarak bu yeteneğe sahiptir (10). İstisnaen , kişinin 18 yaşından büyük olduğu halde akıl hastalığı, sağırılık - dilsizlik gibi nedenlerle temyiz kudreti (kusur yeteneği) bulunmayabilir. Bu durumlarda da rızası geçersiz olur (16,10,13,3).

Türk Ceza Kanunu’nda failin ceza sorumluluğu bakımından belirlenmiş olan yaş sınırlarını, mağdurun rızasında da geçerli kabul etmek doğru olmaz. Meseleyi temyiz kudreti bakımından ele alıp, mağdurun makul surette hareket edebilme idrakının varlığı için yeterli sebepler bulunduğu takdirde rızasına değer tanınmanın yerinde olacağı düşünülmektedir (16). Kanunda rıza için gerekli yaş sınırının özellikle belirtildiği haller istisnadır.

Temyiz kudretini haiz olmayan; makul surette hareket edebilme, fiillerinin sebep ve sonuçlarını idrak edebilme yeteneğine sahip olmayan gayrimüeyyizler, rıza açıklamaya yetkili değildirler (18).

Çevresinde olup bitenleri algılayamayan kişiler fiillerinden dolayı sorumlu olmadıkları gibi herhangi bir konuda anlamlı bir görüş bildirebilecek durumda da

değillerdir. Bu kişilere akıl hastaları, bebekler, şuurunu kaybetmiş kişiler örnek verilebilir. Gayrimümeyyizlik durumunda kişinin hakları, devlet ve başkaları tarafından korunur. Örneğin, ölüm orucu gibi durumlarda , yaşamının tehlikede olduğu bir aşamada, kişinin idrak kabiliyeti kalmamıştır. Müdahaleyi isteyip istemediğini düşünüp beyan edebilmesi mümkün değildir. Böyle durumlarda yaşam hakkı her şeyin üstünde olduğundan ve artık kişinin temyiz kudretinin olmadığı kabul edildiğinden devlet güçlerinin müdahalesi gerekmektedir. Anayasamızın 15.maddesine göre “ Kimsenin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz. ”. Yaşam hakkı üzerinde tasarrufta bulunabilecek bir hak değildir.

Ayrıca 5275 sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 82.maddesinin 2.fikrasında yer alan “...ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, (...) alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayati tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın (...) muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır. ” şeklindeki hüküm de ölüm oruçlarında, hükümlülerin bilincinin bozulduğu ve idrak kabiliyetinin kalmadığı aşamada, isteyip istememesine bakılmaksızın müdahale edileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin 3.fikrasında da “...sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin, sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde...” müdahale edileceği belirtilmiştir (2).

Kural olarak, 18 yaşından büyük olan ve akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sağırılık, dilsizlik gibi nedenlerle anlama kabiliyetinde eksiklik bulunmayan mümeyyiz kişiler rıza açıklamasına ehildir. 18 yaşından küçük olan ama davranışların sebep ve sonuçlarını idrak edebilme ve makul surette hareket edebilme yeteneğine sahip kişilerin (çocukların) tıbbi müdahaleye rızaları açısından bazı düzenlemeler mevcuttur.

Ceza Kanununun “ İnsan Üzerinde Deney ” başlıklı 90.maddesinde, çocuklar üzerinde bilimsel deney yapılacağı zaman “ Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması ” gerektiği belirtilmiştir (2).

Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “ Küçüğün veya Mahcurun Tıbbi Müdahaleye İştiraki ” başlıklı 26.maddesinde de “ Kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde, küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle, tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır. ” şeklinde (41), Medeni Kanun'a (7) paralel bir düzenleme mevcuttur.

Düzenlemelerden anlaşılacağı üzere 18 yaşından küçük kişilerin tıbbi müdahaleye rızaları gerekli görülmekte ama yeterli görülmemekte; veli veya vasinin de izni gerekmektedir.

2. Rıza Açıklaması

Rıza açıklamasının şekli önemli değildir. Yazılı yada sözlü olabilir. Rıza beyanının yazılı olmasının gerekip gerekmemesi konusu, tıbbi müdahalelere rızanın ispatı yönünden uygulamada tartışmalıdır. Rıza açıklaması açık ya da örtülü olabilir. Hatta farzedilen rıza bile sözkonusu olabilir. Örneğin, evdeki yangını söndürmek için eve giren kişi ev sahibinin rızasının olduğunu düşünerek konuta girer ve farzedilen rıza nedeniyle konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşmaz (16,13,10,3) .

Rıza açıklaması herhangi bir şekilde sakatlanmış olmamalıdır. Rıza beyanında bulunan kişi hangi konuda ve ne için rıza verdiğini biliyor olmalıdır. Rızanın latife, hata, hile, ikrah gibi sebeplerle sakatlanmış olması halinde rıza tamamıyla batıldır (16,13,10) . Örneğin, hastaya geçireceği ameliyat sonucunda sakat kalma ihtimalinin bulunduğu söylenmemiş ve böyle bir ihtimal olduğunu bilmeyen hasta ameliyata rıza göstermişse hile sonucunda hastanın rızası batıl olur. Ya da hastaya - bu ameliyatı olmazsan ölürsündenmesi üzerine hastanın iradesi ikrah (korkutma) yoluyla sakatlanmış olabilir.

Rızanın açıklanmasının zamanı suçun işlenmesi anında veya suçun işlenmesinden önce olmalıdır (16,10,13,3,32). 26.maddenin gerekçesinde, madde metnindeki “ mağdurun rızası ” ibaresinin “ ilgilinin rızası ” olarak değiştirilmesinin sebebi, rızanın açıklanma zamanıyla ilgili olarak şu şekilde belirtilmiştir: “ Ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak rıza, suçun oluşumu açısından fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklandığında etkili olur. Bu durumda herhangi bir mağduriyet söz konusu olmadığı için “ mağdur ” yerine “ ilgili ” veya “ kişi ” kelimesi tercih edilmiştir. ” (2).

Rıza açıklamasının yöneltileceği kişi eylemi gerçekleştirecek kişi olmalıdır. Suç teşkil etme niteliği bulunan eylemi icra edecek kişinin mağdurun rızasının bulunduğunu bilmesi gerekir (32).

3. Rıza Açıklamasının Konusu

İlgilinin açıklayacağı rıza, suçun ilişkin bulunduğu konuda olmalıdır. İlgili kişinin rıza açıklamasının mümkün olduğu yani, üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir konuda açıklama yapılması gerekir. Aksi takdirde rızanın konusu açısından rıza açıklaması geçersiz kabul edilir (16,10,13,32).

İlgilinin rızası müessesesinin en önemli özelliği, rıza açıklaması yapılan hak üzerinde rıza sahibinin serbestçe tasarruf yetkisini haiz olması gereği olarak kabul edilmiştir. Bir kişinin ne gibi haklar üzerinde mutlak tasarruf yetkisini haiz bulunduğunu bütün hukuk düzenine hakim olan genel ilkelerden çıkarmak gerekir (16,10).

Mağduru gerçek kişi olmayan ve doğrudan doğruya devlete ait bir yararı ihlal eden suçlar hakkında bireyin rızasının değeri yoktur. Bu nedenle devletin kişiliğine karşı işlenen suçlar, devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar, adliye, kamu düzeni, kamu güvenliği aleyhine işlenen suçlarda mağdurun rızası rol oynamaz (16).

Örneğin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 280. maddesindeki “ Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi ” , 287. maddesindeki “ Genital muayene ” suçları Kanun'un “Adliye Karşı Suçlar ” bölümünde yer alan ve mağduru adliye olan suçlar olduğundan, bu konularda mağdur olan kişilerin rıza açıklaması olsa bile suç hukuka uygun hale gelmez. Çünkü aleyhine suç işlenen adli makamlar ve adli mekanizmadır. Mağdurun rızasının bulunması anlamsızdır. Yine kamu görevlisi sağlık çalışanının işlediği rüşvet (252md.), irtikap (250.md.), zimmet (247.md.), görevi kötüye kullanma (257.md.) suçları kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine karşı işlenmiş suçlar olduğundan bu suçlardan zarar görenlerin suça rıza göstermiş olması eylemi hukuka uygun hale getirmez. Zira suç kamu idaresine karşı işlenmiştir.

Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği haklar malvarlığı haklarıdır (16,10,13,32). Şahıs varlığı haklarının üzerinde serbest tasarruf yapıp yapılamayacağı konusunda hakların tek tek değerlendirilmesi gerekir. Biz bu açıdan konumuzu ilgilendiren vücut tamlığı ile ilgili hakları inceleyeceğiz.

Kişinin vücut (ruh ve beden) tamlığı ile ilgili haklar üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırı, rıza gösterilen fiil sonucunda kişinin toplumsal faaliyetlerini gerçekleştirebilecek halde olup olmadığına bakılarak belirlenir. Genellikle benimsenen görüş insanın kendi organlarının sınırsız hakimi olmadığıdır. Kişi topluma, ailesine karşı yerine getirmesi gereken yükümlülüklerini yerine getiremeyecek hale gelecek şekilde vücut bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunamaz ve bu konuda rıza gösteremez. Bu sebeple kan vermek, tıbbi ve hukuki şartlara uygun olarak organını vermek, hastalık tedavisi için ameliyat olmak gibi konularda kişi vücut tamlığı ile ilgili tasarrufta bulunabilir, buna ilişkin rıza açıklaması yapabilir (16,10,13,3). Zira tıbbi ve hukuki olarak bu eylemlere belli şartlarda izin verilmektedir.

Bir kimsenin kendi hayatına son vermesi mümkündür. Türk Ceza Kanunu intihara teşebbüs etmeyi cezalandırmamaktadır (16,13,10,3). Ama başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi 5237 sayılı Kanun'un 84. maddesinde cezalandırılmıştır.

84.maddenin gerekçesinde "...Ahlaken tasvip edilmeyen bir tasarruf olan intihar veya intihara teşebbüs olgusu, bizatihi cezalandırılabilir bir davranış niteliği taşımamaktadır. " şeklinde, intihara teşebbüsün cezalandırılmayacağı belirtilmiştir (2). Kişi bu şekilde kendi yaşam hakkı üzerinde tasarruf ettiğinde, zaten sonuçları çok ağır olduğundan (intihara teşebbüs eden kişi öldüğünden veya ruhen ve bedenen büyük zararlar gördüğünden) cezalandırılması da anlamlı görülmemektedir.

Madde gerekçesinde, "...canlı türü olarak insan, hayatını sürdürme konusunda bir içgüdüye sahiptir. Ancak, algılama yeteneğinin olmaması nedeniyle veya yakalandığı hastalıktan kaynaklanan acı ve ızdırabın etkisiyle kişide hayatını sona erdirmeye yönelik bir eğilim ortaya çıkabilir ve bunu bir irade açıklamasıyla ortaya koyabilir. " şeklinde bir tespit yapıldıktan sonra; kişinin bu şartlar altında hayatını sona erdirmeye yönündeki iradesinin hukukî geçerliliğinin olmadığı, belirtilen durumlarda hukuken muteber bir iradede söz etmenin mümkün olmadığı açıklanmıştır (2).

Üzerinde tasarruf edilemeyeceği kabul edilen yaşam hakkı ile ilgili tartışılan bir başka konu da kişinin talebi üzerine yaşamına son verilmesi demek olan ötenazidir. İyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa tutulmuş ya da sakat doğmuş bir kişinin bedeni ve ruhi ızdıraplarına son vermek amacıyla kendi istek ve talebi ile öldürülmesi fiili,

ülkemiz kanunlarına göre geçerli değildir (16,10,13,3). Ötenazi uygulayan kişi kasten adam öldürmüş sayılmaktadır.

Rıza açıklamasının geçerliliği için; konusunun kanuna, ahlaka, adaba aykırı olmaması da gerekmektedir. Bir kimse üzerinde mutlak surette tasarruf yetkisini haiz olduğu malvarlığı hakları gibi kişilik haklarını da kanuna , ahlaka , adaba aykırı şekilde kullanamaz. Bu durumlarda verilen rıza geçerli değildir, fiil hukuka aykırıdır (16,10,3).

Kişi meşru bir amaç söz konusuysa, üzerinde yapılacak tıbbi müdahaleye rıza gösterebilir. Meşru olmayan amaçlarla üzerinde yapılacak tıbbi müdahalelere kişinin rıza göstermiş olması, o müdahaleleri hukuka uygun hale getirmez. Bu durumlardaki rıza geçersizdir. Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nda organ ve dokularını satan kişi cezalandırılmıştır (madde 91/6, 92, 93) . Para kazanmak amacıyla velayeti altındaki çocuğunun organ nakli ameliyatına izin veren baba suç işlemektedir. Tıbbi müdahale hukuka aykırı olduğu halde kişi gayrimeşru amaçla rıza gösterebilir. Bu durumda da rıza müdahaleyi hukuka uygun hale getirmez.

İlgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak geçerli sayılabilmesi için gereken şartlar kısaca bu şekildedir. Doktrinde tıbbi müdahalelerin ilgilinin rızası sebebiyle hukuka uygun olduğunu savunanlar (Maggiore, Erman) bulunduğu gibi (16,21) , hakkın icrasının işlerlik kazanması için ilgilinin rızasının gerekli olduğunu savunanlar (4) da bulunmaktadır.

B. Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması

Hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanan kişi, yararlandığı hukuka uygunluk nedeninin kanuni sınırlarını aşarsa, failin davranışı hukuka aykırı olur (13) .

Suç teşkil eden fiilin icrası sırasında kast olmaksızın taksirle hukuka uygunluk sebebinde sınır aşılır ve suç oluşur ise, failin fiili taksirle işlenebilen bir suç ise cezada indirim yapılır.

5237 sayılı Kanun'un 27. maddesinde yer alan, “ Ceza sorumluluğunu kaldıran sebeplerde sınırın aşılması ” halinin varlığı için ; öncelikle işlenen fiili hukuka uygun hale getirecek bir sebep olmalıdır (13) .

Başka bir deyimle hukuka uygunluk sebepleri mevcutken işlenen fiiller dolayısıyla sınırın aşılması söz konusu olabilir. Örneğin, hastanın sadece yumurtalığındaki kistin alınacağı konusunda bilgi sahibi olduğu ve doktor tarafından yumurtalığın hepsinin

alındığı bir olayda - doktorun yeterli açıklamasına rağmen - hasta tarafından yumurtalığın tümünün alınacağı anlaşılamamışsa, rızanın kapsamında sınırın aşılması sözkonusu olabilir. Bu durumda kast olmaksızın sınır aşılmıştır ve taksirle işlenebilen bir fiil olan taksirle müessir fiil cezasında kanuna göre indirim yapılmalıdır.

Bir hekimin fiilinin hakkını icra ettiğinden bahisle hukuka uygun olabilmesi için hekimlik yapabilme vasıflarına sahip olması ve meşru bir amaçla hareket ediyor olması yanında hekimin, tıp bilimi kurallarına uygun hareket etmesi de gerekir. Eğer hekim müdahalede tıp bilimi kurallarına uymuş ancak hasta için faydalı olacağını düşündüğü farklı bir yöntemi uygularken taksirle hareket ederek hastanın sakat kalmasına neden olmuşsa hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin sınırlarını aşmış olur.

Sınırın aşılması kasten olmamalıdır. Kast olmaksızın işlediği fiilin hukuka uygun olduğunu düşünerek sınırı aşma halinde fiil, taksirle işlendiğinde de cezalandırılabiliriyorsa taksirli suç için kanunda yazan cezadan indirim yapılır.

5.Manevi Unsur

Bir kimsenin fiilinin suç sayılması için; ceza kanununda tanımlanan tipe uygun, hukuka aykırı bir eylemin gerçekleştirilmiş olması yetmemekte, aynı zamanda bu eylemin o kişiye şahsen isnad edilebilmesi ve iradi olarak gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir (16,10).

Yani failin fiilinden cezai olarak sorumlu tutulabilmesi için, kanuni unsuru içeren, suç tipine uygunluğun; maddi unsuru içeren, eylemin gerçekleştirilmiş olmasının ; hukuka aykırılık unsurunu içeren, hukuk düzenine aykırılığın varlığı yeterli değildir. Bu unsurlara ilaveten failin iradi olarak fiili gerçekleştirmesini ifade eden ve doktrinde “ Manevi unsur ” olarak isimlendirilen dördüncü bir unsur gerekmektedir. Fiilin faile isnadı kabil olacak şekilde kusurlu irade ile işlenmiş olması gerekir (16,1) .

Manevi unsuru iki bölüme ayırmak mümkündür: Birinci bölümde, failin kusurlu bir şekilde hareket etmeğe ehil olması yani isnat yeteneği; ikinci bölümde ise bu kimsenin somut olayda kusurlu bir şekilde hareket etmiş bulunması yani kusurluluk söz konusudur (16,13).

A. İsnad Yeteneği

Doktrinde kusur yeteneği şeklinde de isimlendirilen (16,13) isnad yeteneği ; bir fiilin bir kimsenin üstüne atılabilmesi için failde bulunması gereken özelliklerin tümü

olarak nitelendirilebilir. Isnad yeteneği failin doğruyu yanlıştan, haklıyı haksızdan ayırabilme ve buna göre davranabilme, yaptığı hareketin anlamını kavrayabilme yeteneğine sahip olmasıdır (16).

Bu yetenek failde suç işlediği anda bulunmalıdır (16,10,13). Bir kişi suç işlemeyen önce, kendisini bilinçli olarak isnad yeteneğinden yoksun hale getirmişse, suç anında isnad yeteneği var kabul edilir (23,16,20) . Örneğin, bilinçli olarak içki içip sarhoş olduktan sonra hasmıyla kavga etmeye giden kişi, kavga sırasında isnad yeteneğinin bulunmadığından bahisle suçsuz olduğunu iddia edemez .

Dönmezer – Erman’a göre “ Bir kimsenin hareketinin anlamını kavrama ve onu isteyebilme gücüne sahip olup olmadığı, belli bir çevrede ve belli bir zamanda geçerli olan sosyal değerlere göre anlaşılır. ” . Günümüzde yaygın olarak akli melekeleri sağlam olan ve fizyolojik - psikolojik olarak yeterince gelişmiş olan kimselerin isnad yeteneğine sahip oldukları kabul edilir. 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu’nun 46.maddesinde “ Fiili işlediği zaman şuurunu veya hareketinin serbestisini tamamen kaldırarak surette akıl hastalığına düşen olan kimseye ceza verilmez. ” şeklindeki ifade ile isnad yeteneği ; anlayabilme, isteyebilme gücü yani irade ve davranış serbestisi olarak kabul edilmiştir (16) .

5237 sayılı Kanun isnad yeteneğinin yokluğu nedeniyle ceza verilemeyecek durumlardan olan “ yaş küçüklüğü ”ndeki şartları 31. maddede, “ İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması... ” şeklinde belirtmiştir. Diğer bir durum olan “ akıl hastalığı ”ndaki şartları da 32.maddede, “ İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan...” şeklinde belirlemiştir (2). Görüldüğü üzere davranış serbestisinin yokluğu yönünden yaş küçüklüğünde, “ yeterince gelişmemiş olma ” ; akıl hastalığında , “ önemli derecede azalmış olma ” kriterleri getirilmiştir. Ancak her iki durumda da olmayan unsur irade serbestisi unsurudur.

İrade serbestisi kanunda, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamama olarak belirlenmiştir. Fail yapacağı eylemin suç olduğunu anlayamıyorsa, anlayabilecek yeteneğe sahip değilse irade serbestisi yoktur ve fail suç olmadığını düşündüğü eylemi yapar. Bu

durumda eylemin hukuka aykırı olmadığını düşündüğü için davranışlarını da yapmak yönünde kullanır yani davranış serbestisi mevcuttur.

Kanuna göre tek başına irade serbestisinin olmaması isnad yeteneğinin yokluğu için yeterlidir. İrade serbestisinin ve davranış serbestisinin birlikte yokluğu aranmaz. Örneğin, 10 yaşındaki bir çocuk arkadaşının kitabını almayı hırsızlık değil, ödünç almak olarak algılayabilir ve hatalı bulmadığı bu davranışı yapabilir.

Bazı durumlarda da failin irade serbestisi mevcuttur; yapacağı fiilin suç olduğunu bilmektedir ancak davranış serbestisi mevcut değildir. Davranışlarını yönlendirme yeteneği yoktur. Mesela çalma hastalığı olan birisi yaptığı eylemin hırsızlık suçu olduğunu farkındadır; ancak hastalığı dolayısıyla davranışlarını suç olan eylemi yapmamak şeklinde kullanamamaktadır.

Sonuç olarak kanuna göre, isnad yeteneğinin varlığı için failde, irade serbestisi ve davranış serbestisi unsurlarının ikisinin birlikte bulunması şart değildir; birinin olmaması da isnad yeteneğini etkiler. Zira Kanun'un 31.maddesinde “ İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması...” şeklinde, irade ve davranış serbestisi arasına veya bağlacı konularak iki unsurdan birinin bulunmamasının yeterli olduğu belirtilmiştir. Ancak iki unsurun birlikte olmaması da mümkündür. Genellikle akıl hastaları iki unsurun birlikte bulunmaması nedeniyle isnad yeteneğinden yoksundur.

5237 sayılı Kanun'daki isnad yeteneğini etkileyen haller ; yaş küçüklüğü (m.31) , akıl hastalığı (m.32) , sağır ve dilsizlik (m.33) , geçici nedenlerle alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olmadır (m.34) (2) .

İsnad yeteneğinin bulunmaması sebebiyle cezai sorumluluğun kalkmasına örnek olarak; 5237 sayılı Kanun'un 34.maddesi verilebilir. 34.maddede “ Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez ” denilmektedir (2).

Örneğin, karısının ölmesini isteyen kişi karısına küretaj işlemini uygulayacak olan doktorun çayına doktorun iradesi dışında ilaç koyarsa ve kadın yanlış müdahale sonucu ölürse; doktor, taksirle ölüme sebebiyet vermekten sorumlu tutulamaz. Çünkü işlenen

suçun doktora isnad edilebilmesi algılama ve davranışını yönlendirme yeteneği olmadığından mevcut değildir.

Ceza sorumluluğunu kaldırmayan bir hal olan ihtiyari sarhoşlukla ilgili olarak Ceza Genel Kurulu, “ İhtiyari sarhoşluğun ceza ehliyetini ortadan kaldırmayacağı da dikkate alındığında, (...) suçun manevi ögesinin gerçekleşmediği gerekçesiyle sanığın beraatine ilişkin Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına... ” şeklinde karar vermiştir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu E., 2003/11-116 K., 2003/148, T. 6.5.2003) (www.kazanci.com.tr) .

B. Kusurluluk

Ceza hukukunda , failin cezalandırılabilmesi için failin dış dünyada meydana getirdiği değişikliği, manevi nitelikte bir takım şartlarla birlikte meydana getirmiş olması aranır. Manevi unsura fail yönünden bakıldığında, kusurdan; fiil yönünden bakıldığında ise fiilin kusurluluğundan bahsedilir. Kusur failin subjektif durumuna ilişkin bir değerlendirmedir, kusurluluk ise hukuk düzenine aykırı eylemin özelliğidir (16,13) .

Kusurluluğun söz konusu olduğu bütün durumlarda var olan tek unsur hareketin iradiliğidir. Neticeden önce yapılan hareket fail tarafından istenmiş olmalıdır. Bazen bu isteme iradesi hem hareketi hem neticeyi kapsamına alabilir ve netice de istenmiş olabilir. İşte bu durumda kasttan söz edilir. Bazen aynı isteme iradesi ile öngörülen fakat istenmeyen netice gerçekleşebilir. Bu durumda kastın bir çeşidi olan olası kasttan mı, yoksa taksirin bir çeşidi olan bilinçli taksirden mi söz edilmesi gerektiği tartışılabilir. Bazen de aynı isteme iradesi sadece harekete münhasır kalır, netice istenmez ama kanun neticeden faili sorumlu tutar. Bu durumda da taksir söz konusudur. Ancak bütün bu değişik durumların tek ve ortak kaynağı vardır; o da kusurlu irade adı verilen başlangıçtaki haldir. Bu iradenin niteliği, muhtevası, kusurlu olup olmadığı hakkında psikolojik araştırma yapılması gerekir (16) .

Kusurluluk, fail ile fiil arasında psikolojik nitelikte bir bağlantı olarak kabul edilir (16,1). Kusurluluğun cezayı gerekçelendirme ve sınırlandırma olmak üzere iki önemli fonksiyonu bulunmaktadır (19).

Kusurluluğu sübjektif ve objektif sorumluluk olarak ikiye ayırabiliriz. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda objektif sorumluluk hükümleri bulunmamaktadır. Bu

nedenle tezimizde sadece subjektif sorumluluk; yani failin kusurlu iradesi ile gerçekleştirdiği eylemden doğan sorumluluk incelenmiştir.

Sübjektif sorumluluk da kasttan doğan sübjektif sorumluluk (kast) ve taksirden doğan sübjektif sorumluluk (taksir) olarak iki ana bölümde incelenir (16).

I. Kast

Failin fiilinin suç teşkil etmesi için gerekli olan bazı manevi özellikler vardır. Bu özellikler; failin şahsında olması gereken, faile gerçekleştirdiği eylemden dolayı suç isnadını mümkün kılan, bireysel nitelikteki özelliklerdir. Failin suç teşkil eden eylemi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi halinde sorumluluğunun kasttan doğduğu kabul edilir.

Ceza Hukukunda kural olarak sorumluluğun kaynağı kasttır. Bu kural kanun koyucu tarafından 21.maddede “ Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. ” şeklinde ifade edilmiştir (2) .

Kasttan doğan sübjektif sorumluluğun esasını teşkil eden kast, failin suç teşkil eden fiili düşünüp öngörmesi ve bu fiili gerçekleştirmeye yönelik irade ile hareket etmesidir (16). Başka bir anlatımla, kanunun yasakladığı neticeyi bilerek , isteyerek meydana getirmek (sağlık mesleği mensubunun gerçeğe aykırı belge düzenlemesi) veya kanunun emrettiği bir neticeyi bilerek ve isteyerek meydana getirmemek (sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi) durumlarında failin kastının olduğu kabul edilir (10,13).

Dönmezer - Erman kastı, “ Öngörülen ve suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeye yönelen irade ” olarak tarif etmektedir (16). 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda kastın tanımı yapılmamıştı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 21/1. maddesine göre “ Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. ” (2) .

Bu tanımdan da çıkarılabileceği gibi kast iki unsurdan oluşmaktadır : Bilme (düşünme, öngörme) unsuru ve isteme (irade) unsuru .

1. Bilme Unsuru

Bilme, düşünme ve öngörmeyi birlikte içerir. Düşünülüp öngörülen şey, tipe uygun fiildir. Bu nedenle fail fiilini suç haline getiren her şeyi bilmelidir (16). Kastın varlığı için failin suçun kanuni tanımında yer alan bütün kurucu unsurları bilmesi gerekir. Yapacağı hareketi, suçun maddi konusunu, neticeyi, hareketle netice arasındaki nedensellik bağı, ağırlatıcı sebepleri bilmesi gerekir (16). Fail suçun maddi konusunu bilmelidir. Örneğin,

aldığı şeyin taşınabilir bir mal olduğunu bilmeyen failde hırsızlık kastının olduğu söylenemez (16).

5237 sayılı Kanun'un 30.maddesinin 1.fıkrasında yer alan “ Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. ” şeklindeki hüküm fiili hata konusunu içermekte ve bilmenin suçun unsurlarını kapsaması gerektiğini belirtmektedir. Madde gerekçesine göre, unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumu maddî unsurlarda hatayı oluşturur (2). Böyle bir hata esaslı olması halinde kastın varlığına engel olur. Örneğin, gece karanlığında vahşi bir hayvan zannıyla aslında insan olan hareketli bir cisme ateş eden ve bu insanı yaralayan kişinin hatası, esaslı fiili hatadır (16). Örnek olarak verilen bu olaydaki gibi , failin yanlış algıladığı şey doğru olsaydı işlediği fiil haksızlık, suç teşkil etmeyecek idiyse hata esaslıdır ve kasten işlenmiş bir suçtan söz etmek mümkün değildir (13) . Yani “ Hata olmasaydı fiil suç teşkil etmeyecekti. ” denilebiliyorsa bu durumdaki esaslı hata nedeniyle faile ceza verilmez.

Ayrıca maddede “ Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır. ” şeklinde taksirli fiiller ayrık tutulmuştur. Ancak bu durumda neticenin taksirle gerçekleştirilmesinin kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekir. Yukarıdaki örnekte, hayvan zannederek gerçekte bir insana ateş edip onun yaralanmasına neden olan kişinin bu hatasında taksiri varsa, “ Gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı insan olduğunu anlayabilir ve böyle bir netice ile karşılaşılmazdı. ” şeklinde bir yargıya ulaşılabiliyorsa ; taksirle yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Ancak gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen hataya düşmekten kendini alıkoyamamışsa hata vardır, taksir yoktur (16,13). Keza bir hekim henüz yaşamakta olan bir insanı ölü sanarak otopsiye girişecek olursa, mağdurun hayatta olup olmadığını araştırmaması taksirdir ve yanılması bu taksirden ileri gelmiştir; bu sebeple hatası sorumsuzluğu gerektirmez (16) .

Failin kastından söz edilebilmesi için, gerçekleştirmeyi istediği hareketi düşünmüş, öngörmüş olması yani bilmesi gerekir. İcrai bir suç söz konusu ise fail yapacağı hareketi, ihmali suç söz konusu ise yapmayacağı hareketi bilmelidir. İhmal suçlarında fail kanunun yapılmasını emrettiği hareketi bilerek, isteyerek yapmaz.

Fail neticeyi de düşünmüş ve öngörmüş olmalıdır. Bu netice icra suçlarında ve garantörsel ihmali suçlarda kanunun yasakladığı neticedir. Çünkü bu suçlar hareket ve

neticenin ayrı ayrı oluştuğu suçlardır. Örneğin, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunda, ihmali davranışın neticesinde ölüm olayının gerçekleşmesi aranmıştır. Fail ölüm olayının gerçekleşeceğini de bilmelidir ki ihmali davranışla öldürmenin kasten işlendiği kabul edilsin

Hareketten dođması muhtemel olan ve dűřünölűp öngörűlen neticelerden bir kısmı suç teřkil eder nitelikte ise, failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için sadece suç teřkil eden neticeyi dűřünműř ve hedef tutműř bulunduđunun ispatı gerekir. Örneđin, yaptıđı bir cerrahi ameliyenin sonucu olarak hastanın iyileřebileceđi gibi ölebileceđini de öngören doktorun öldürme kastı olduđu söylenemez (16). Ancak burada daha sonra incelenecek olan 5237 sayılı Kanun'un 21/2. maddesinde tanımlanmıř olan, olası kastla suçun iřlenmesi hali ayırık tutulmalıdır.

Failin neticeyi öngörmesi gerekmekte ise de neticenin nasıl dođacađını öngörmesi gerekmemektedir. Failin dűřünűp öngörmesi gereken řey hareketinden dođacak neticedir. Bu neticenin nasıl dođacađı deđildir. Failin nedensellik bađı konusunda yanılması sorumluluđunu etkilemez (16,10) .

Ancak failin hareketinden suç olan neticenin doğacağını bilmemesi nedeniyle kastı olmadığı halde taksiri olabilir. Örneđin, diř doktoru tarafından hastaya ışınla tedavi yapılan ve bu tedavi sonucunda hastanın yüzünde ekzama tarzında arızaların oluştuğu bir olayda Yüksek Sağlık şurası, hastada meydana gelen “ ...arızaların hastanın bünyesindeki nedenlerden , kişisel istidattan, ışına karşı duyarlılığından ileri geldiğini ” belirterek doktoru kusursuz bulmuştur. řura kararına rağmen Yargıtay, bir uzmanın hastasının bünyesini, kişisel durumunu, ışınlara karşı duyarlılığını hiç incelemeden karar vermesinin mümkün olamayacağı ve bu nedenle Yüksek Sağlık şurası raporunun olaya ve sonuçlarına uygun olmadığı yönűnde karar vermiştir (Y. 4.HD. 692/11046E. 12.12.1976T.) (www.kazanci.com.tr).

Burada hastaya ıřınla diř tedavisi yapan doktor hastanın ıřına alerjisi olduđunu bilmemektedir. Yapacađı tedaviden dolayı hastanın cildinin zarar göreceđini yani hareketi ile netice arasındaki nedensellik bađını bilmemektedir. Ancak buradaki bilmeme doktorun görevi geređi olan dikkat ve özen yükűmlűlűđűnű yerine getirmemesinden , hastanın öykűsűnű iyi almamasından kaynaklanmaktadır. Doktorun hastayı yaralama kastı yoktur; ancak dikkat ve özen yükűmlűlűđűne aykırı olarak taksirle hareket etmesi sözkonusudur..

Bir suçun niteliğinin değişmesine yani başka bir suça dönüşmesine sebep olan hususların fail tarafından önceden bilinmesi gerekir. Örneğin, hakaret suçunun memura karşı işlenmesi halinde “ memura hakaret ” suçu oluşur, ancak fail mağdurun memur olduğunu bilmiyorsa “ hakaret ” suçuna göre ceza alır.

Suçta etki eden ağırlatıcı sebeplerin de fail tarafından bilinmesi lazımdır. Suçun konusuna ilişkin ağırlatıcı sebebin fail tarafından bilinmesi gerekir ki, ağırlaştırılmış ceza verilebilsin (16). 5237 sayılı Kanun’un 30/2.maddesinde yer alan “ Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. ” şeklindeki hüküm ile failin, suçun nitelikli unsurlarına ilişkin hatadan da yararlanabileceğini ifade etmektedir (2).

Failin kastının varlığı için suça tesir eden fiili ve şahsi hafifletici sebeplerin ve hukuka uygunluk sebeplerinin fail tarafından bilinmesine gerek yoktur. Bu sebeplerin varlığının tespiti halinde fail bunlardan yararlanır (16,10).

5237 sayılı Kanun’un 30/3 maddesinde “ Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. ” şeklinde hukuka uygunluk sebeplerinde hatadan bahsedilmiştir (2). Hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından, hatanın kaçınılmaz olması halinde yararlanabilecektir. Hata kaçınılabilir ise kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak; ama bu hata temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.

Kastın bilme unsuru içinde incelenmesi gereken bir konu da “ Hukuka aykırılık şuuru ” dur. Hukuka aykırılık şuuru, failin haksız, zararlı, caiz olmayan bir eylemde bulunduğu bilincinde olması, bile bile hareketi yapmasıdır.

Artuk – Gökçen - Yenidünya’ya göre hukuka özel aykırılık halleri dışında, kastın bilme unsuru içerisinde hukuka aykırılık şuurunun aranması yerinde değildir. Ancak Yargıtay’ın çeşitli kararlarında hukuka aykırılık bilinci kastın kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir (3).

Hukuka aykırılık bilincinin varlığını aramayan yazarlar (27,43) bulunmakla birlikte, 5237 sayılı Kanun’un 30/4.maddesinde “ işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi ” nin cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır (2). “ Bu hüküm dolayısıyla işlediği fiilin meşru olduğunu, yani yasak

olmadığını düşünen, eylemin hukuka aykırı olduğu şuurunu taşımayan fail kusurlu sayılmayacağından, cezalandırılmayacaktır. ”(10). Bu maddede önemli olan konu failin düştüğü hatanın “kaçınılmaz” olmasıdır. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda kişi kusurlu sayılacaktır. Hatanın kaçınılmaz olup olmadığının belirlenmesinde subjektif ölçünün (failin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşullarının) esas alındığı gerekçede belirlenmiştir (2).

2. İsteme Unsuru

İrade unsuru olarak da isimlendirilen isteme unsuru, iradenin hem harekete hem de neticeye yönelmesidir. Failin düşündüğü öngördüğü yani bildiği neticeyi elde etmek için iradesini kullanması, neticeyi istemesi sonucunda kusurlu eylem oluşur (16). Bir şeyin istenmesi o şeyin bilindiğini gösterdiği halde, biliniyor olması isteniyor olmasını gerektirmez. Buradan yola çıkılarak kusurlu eylem için bilme ile birlikte istemenin de gerekli olduğu düşünülmektedir (19).

Kastın varlığı için bilme ile birlikte mutlaka bulunması gereken isteme unsurunun önemi, kast ve taksir ayrımında ortaya çıkar. Kast ve taksiri ayıran ölçüt isteme unsurudur. Taksirde fail neticeyi hiçbir şekilde istememektedir. Kastta ise neticenin fail tarafından istenmesi gerekir (19).

Bir suçta kastın bilme ve isteme unsurlarının tam olarak ve birlikte gerçekleşmesi halinde, doğrudan kastın varlığından söz edilir. Bilme ve isteme unsurlarının tam olarak gerçekleşmediği; ancak oluşacağı öngörülen suçun fail tarafından engellenmeyerek kabullenildiği hallerde, olası kastın varlığından bahsedilir.

2.1. Doğrudan Kast

Failin iradesi düşündüğü , öngördüğü bir sonucu gerçekleştirmek için hem harekete hem neticeye yönelmiştir. Bu durumda bilme ve isteme unsuru birlikte olduğundan failin kastı “ **Doğrudan Kast** ” (16,27,10,43) olarak kabul edilir. Bu çeşit kasta “ Muayyen (belirli) Kast ” (16,1), “ Birinci Derecede Kast ” (3,19) isimleri de verilir.

Fail hareketi sonucunda oluşacak neticeleri bilir ve ister. Failin neticeye yönelen iradesi aynı zamanda failin maksadını oluşturur. Maksat failin gerçekleşmesini istediği neticedir (16). Yargıtay Ceza Genel Kurulu aynı paralellikteki fkrini 17.3.1998 tarihli kararında “...Ceza hukukunda kast, neticenin önceden tasavvur edilmesi, neticenin gerçekleşmesi iradesi ile hareketin istenerek yapılması şeklinde tanımlanmaktadır. Sanığın

gerçekleştirmek için harekete geçmiş olduğu netice onun maksadını teşkil eder. Diğer bir deyişle maksat deyimi, hukuki anlamdaki tipe uygun neticeyi tanımlar...” şeklinde belirtmiştir (1998/6-18 E.1998/91 K) (www.kazanci.com.tr).

Fail hareketine bağlı olarak oluşacak olan maksadının dışındaki yan neticeleri öngörmüş; ancak bu neticelerden sadece birini istemiş ise, harekete bağlı olarak oluşacak neticelerin niteliğine bakılır. Failin maksadı dışında olan bu yan neticeleri, neticeye zorunlu olarak bağlı bulunan yan neticeler ve neticeye ihtimal bağıyla bağlı bulunan yan neticeler olarak ikiye ayırmak mümkündür. Ancak Türk Ceza Kanunu bu şekilde bir ayırım yapmamış ve “ suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğinin öngörülmesi ” şeklinde genel bir ifade kullanmıştır.

Doktrinde, kastın isteme (irade) unsurunun kapsamı ve ortaya çıkacak suçun niteliği açısından; failin gerçekleştirmek istediği neticeye zorunlu olarak bağlı bulunan ve zorunlu olarak bağlı bulunmayan neticeler şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır (16,13).

Maksada zorunlu olarak bağlı olan yan neticeler:

Bazen fail gerçekleştirmek istediği neticeye zorunlu olarak bağlı bulunan başkaca olumsuz neticeleri de bilmekte ve meydana gelecek olmalarını kabullenmektedir. Bu durumlarda fail gerçekleşeceğini bildiği, maksadı dışındaki yan neticeleri de göze alarak hareketini gerçekleştirir (zorunlu bağlılığın bilinmesi) . Örneğin, fail bir toplantıdaki mağduru öldürmek için, toplantı salonuna toplantı zamanında bomba koyduğunda, salondaki diğer kişilerin öleceğini bilir ve ölümleri göze almıştır. Diğerlerini öldürmek istememekte ancak ölecek olmalarını da umursamamaktadır. Fail diğer neticelerin de hareketine bağlı olarak kesinlikle oluşacağını bilmekte ve göze almaktadır.

Bazı yazarlara göre (Mezger, Card) bu durumda, maksada dahil olmayan yan neticelerin, gerçekleştirilmek istenen neticeden ayrılması mümkün olmadığından fail gerçekleşen bu neticelerden de doğrudan kastı sebebiyle sorumludur (16,19). Bu kasta “İkinci Derecede Doğrudan Doğruya Kast” adını verenler vardır (16,19,27). Fail amacı dışında olan bu neticelerin mutlaka gerçekleşeceğini bildiği halde hareketine devam etmektedir. Bu görüştekilere (Mezger, Card) göre; sigorta parası için gemiyi bombayla batıran kişi, gemideki kişilerin ölümlerinden kasten öldürme, yaralanmalarından kasten öldürmeye tam teşebbüs nedeniyle sorumludur (16).

Hareketten doğabilecek sonuçların kapsamı açısından, iradenin yöneldiği sonuca göre; belirli kast ve belirli olmayan kast şeklinde isim alan kastın doğrudan kast olduğu, dolaylı kast sayılamayacağı da ileri sürülmüştür (20).

Ancak Dönmezer – Erman bu durumlarda “ Belirli olmayan kast ”a ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini düşünmektedir (16). Yazara göre, aynı örnekteki failin, gemideki kişilerin ölümlerinden kasten öldürme, yaralanmalarından kasten yaralama dolayısıyla sorumlu olduğunu kabul etmek gerekir. Yoksa yaralanmalar için de kasten öldürmeye tam teşebbüsten sorumlu tutmak doğru olmaz (16).

Neticeye zorunlu olarak bağlı bulunan ya da ihtimal bağı ile bağlı bulunan tali neticeler bakımından Yargıtay’da Dönmezer’in kabul ettiği gibi, gayrimuayyen kastın varlığını kabul etmektedir (16).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 3.6.1985 gün ve 83/330 sayılı kararında “...O halde maksat dışında kalmakla birlikte, maksada zorunluluk veya ihtimal bağı ile bağlı olan neticeler bakımından da failin "belirli olmayan kast" kuralları çerçevesinde sorumluluğu söz konusu olacaktır...” şeklinde belirtilmekle, bu durumda da belirli olmayan kastın bulunduğunu belirtmiştir (www.kazanci.com.tr).

Kanaatimizce, Dönmezer-Erman’ın ve Yargıtay’ın da benimsediği gibi, belirli olmayan kastın neticeye göre belirlendiğini kabul ederek; neticeye zorunluluk bağı ile bağlı olan tali neticelerin gerçekleşmesi oranında faili sorumlu tutmak gerekir.

Maksada ihtimal bağı ile bağlı olan yan neticeler:

Fail, gerçekleştirmek istediği neticeye zorunlu olarak bağlı bulunmayan, ancak hareketi sonucunda oluşması ihtimali olan başkaca olumsuz, yan neticeleri tahmin eder, düşünür ve öngörür. Kastın bilme unsuru mevcuttur. İhtimale rağmen hareketinden caymadığı için muhtemel neticelerin gerçekleşmesini de istemiştir. Açık seçik isteme olmasa da bir istememiş olmama vardır. Bu nedenle taksir değil kasttan sorumluluk söz konusudur. Örneğin, failin öldürmek için ateş ettiği kişinin yanında birisinin bulunması ihtimali olduğu gibi, bulunmaması ihtimali de vardır. Şayet mağdurun yanında başka birisi varsa, o kişinin de isabet alması ihtimali olduğunu tahmin etmekte, bu ihtimali göze almakta; ancak olmamasını temenni etmektedir. Bir kesinlik değil ihtimal ve tahmin sözkonusudur. Fail diğer kişinin ölmesini istememekte, ölmemesi ihtimalini de düşünmektedir.

Failin gerçekleştirmek istediği neticeye zorunlu olarak bağlı bulunmayan bu neticeleri öngörmesi, kabullenmesi halinde “ Olası Kast ”tan bahsedilir (13,10,3). Bu kast türüne doktrinde “ Dolaylı Kast ”, “ Dolayısıyla Kast ” (16,13,19) “ Belirli Olmayan Kast ” (Gayrimuayyen Kast) (16,1) isimleri de verilmektedir.

Doktrinde failin maksadına zorunlu olarak bağlı bulunan ve ihtimal bağı ile bağlı bulunan tali neticeler bakımından bu şekilde bir ayırım yapılmakla birlikte, Türk Ceza Kanunu neticeler bakımından bir ayırım yapmamıştır. Türk Ceza Kanunu’nun 21. maddesinde, kast ve olası kast olarak iki çeşit kast tarif edilmiştir. Olası kastın tarif edildiği 21/2.maddede, failin suçun unsurlarının gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemini olası kast olarak belirlemiş ve “ suçun unsurları ” şeklinde genel bir ibare kullanmıştır. Hareket ve netice bakımından ayırım yapmamıştır. Gerçekleşen netice bakımından da kasten işlenmiş suçun cezasından indirim yapılmasını uygun görmüştür.

2.2. Dolaylı (Olası) Kast

Olası kast, 5237 sayılı Kanun’un 21.maddesinin 2.fıkrasında “ Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi halinde, olası kast vardır. ” şeklinde ifade edilmektedir.

Olası kastta, hareketinin belli bir neticeyi meydana getirebileceğini öngören fail , sözkonusu hareketi yapmaktan kaçınmaz, suçun oluşacak olmasını umursamaz ve olursa olsun diyerek, suçu kabullenerek iradesinin yöneldiği asıl neticeyi gerçekleştirir. Failin istediği netice dışındaki diğer neticelerin oluşması fail tarafından önemsenmez. Onun yöneldiği netice bellidir. Diğer olumsuz neticelerin olabileceğini öngörmekte ama engel olmak için hiçbir şey yapmamakta, kendi hedefine bakmaktadır (10,13,19) . Örneğin yoğun bakımdaki bir hastayı öldürmek için yoğun bakımın elektriklerini kesen kişi solunum cihazına bağlı olan diğer hastaların da ölebileceğini öngörmekte, kabullenmekte “ ölürlerse ölsünler ” demektedir.

İçel, “ Olası kast ”ı şu şekilde açıklamıştır : “ Belli bir neticenin gerçekleşmesine yönelik olarak yapılan hareketin diğer bazı neticelerin oluşumuna muhtemelen sebebiyet vereceği öngörülmüş ise ; bu neticeler açısından olası kastla hareket edilmiş demektir. ” (27).

Soyaslan’a göre, “ Dolaylı veya olası kastta failin hukuka aykırı hareketi istemesi ancak neticeyi sadece öngörmesi sözkonusudur. Kastın bu çeşidinde failin sorumluluğu için, hareketi yapan failin neticeyi tasavvur etmesi yeterlidir. ” (43) .

5237 sayılı Kanun’un 21. maddesinin gerekçesinde, “ Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir. ” şeklinde açıklama yapıldıktan sonra şu örnekler verilmiştir:

“ Yolda seyreden bir otobüs sürücüsü, trafik lambasının kendisine kırmızı yanmasına rağmen, kavşakta durmadan geçmek ister; kendilerine yeşil ışık yanan kavşaktan geçmekte olan yayalara çarpar ve bunlardan bir veya birkaçının ölümüne veya yaralanmasına neden olur.Trafik lambası kendisine kırmızı yanan sürücü, yaya geçidinden her an birilerinin geçtiğini görmüş; fakat,buna rağmen kavşakta durmamış ve yoluna devam etmiştir.Bu durumda otobüs sürücüsü meydana gelen ölüm veya yaralanma neticelerinin gerçekleşebileceğini öngörerek, bunları kabullenmiştir. ” . Burada otobüs sürücüsünün amaçladığı, iradesini yönelttiği netice trafik kuralı ihlalidir. Ancak bu kural ihlali ile beraber sürücü ölüm ya da yaralanmalar olabileceğini de tahmin etmiş ve bunları kabullenerek, bunlara karşı kayıtsız kalarak kırmızı ışıkta geçmiştir (2).

Olası kastla hareket eden fail öngördüğü, fakat maksadı olmayan yan neticenin meydana gelmesi için gayret göstermez ve neticenin meydana geleceğinden de emin değildir. Bu nedenle olası kast doğrudan kasta göre daha az haksızlık içerir ve ikinci derecede kast olarak kabul edilir (10,3) .

Dönmezer’e göre olası kastın söz konusu olduğu durumlarda, “ Neticeyi açık seçik bir isteme yoksa da istememiş olmama vardır. Dolayısıyla kastın iki unsuru da (bilme ve isteme) ihtimalin öngörülmesi halinde gerçekleşmiştir (16). Ancak doğrudan kasttan farkı, ikinci derecedeki neticelerin gerçekleşmesi halinde ve gerçekleşmesi oranında sorumluluk doğmasındadır (10). Bu şekilde, olası kastın söz konusu olduğu durumlarda failin gerçekleşen neticeden, gerçekleştiği oranda sorumlu tutulacağı doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir. Bu düşüncenin sonucu olarak, bu tip suçların teşebbüse müsait olmadığı da baskın görüş olarak bildirilebilir (16,27,10,13,3,43,19).

Olası kastta failin sorumluluğunun “ Belirli olmayan kast netice ile belirlenir ” kuralı ile tespit edileceğine, teşebbüs hükümlerinin uygulanmayacağına dair Yargıtay

Ceza Genel Kurulunun 3.6.1985 tarihli kararı şöyledir: “...Belirli olmayan kast, ancak netice ile belirlenir. Bu gibi halleri kesinlik öngörmesinden çıkarıp, ihtimal veya imkan öngörmesine sokmak yerinde bir davranış olmaz. Mesela, bir uçurumdan kaya parçasını kalabalığın üzerine fırlatan kimse, bu hareketten birkaç kişinin öleceğini veya yaralanabileceğini kesin olarak öngörmüştür; maksadı oluşturan iradenin dışında kalan zorunlu neticeler, ancak gerçekleştikleri takdirde ve ölçüde faile yüklenir, bu nedenle fail asıl hedef tuttuğu kimseye bir zarar vermemişse, kastının konusuna göre, onu öldürmeye veya yaralamaya tam teşebbüs etmiş sayılır; buna karşılık maksadın dışında kalan zorunlu neticelerden hiçbirisi gerçekleşmemiş, mesela kaya parçası boşa gitmiş ya da sadece hedef tutulan kişiye isabet etmiş ise, zorunlu neticeler bakımından belirli olmayan kasta ilişkin kurallar uygulanacağından, fail gerçekleşmiş olmayan bu zorunlu neticelerden sorumlu tutulamaz. Zorunlu neticeler gerçekleşmiş ise, gerçekleştikleri ölçüde fail bunları kasten meydana getirmiş sayılır, yani hedeften başka kimseler yaralanmışsa fail, kasten müessir fiilden; ölmüşlerse kasten adam öldürmeden dolayı cezalandırılır.” (www.kazanci.com.tr).

Olası kastın kanunumuza girmesinin sebebi Kanunkoyucunun, kişilerin hareketleri sonucunda oluşabilecek suç niteliğindeki neticeleri tahmin etmelerine rağmen, vurdumduymazlıkla hareketlerine devam etmeleri ve neticeyi kabullenerek suçu oluşturmaları halinde, adeta kasten hareket ettiklerini kabul etmesidir. Asıl maksat dışında kalan fakat, failin oluşmasını umursamadığı bu neticeler bakımından fail o kadar umursamaz davranmaktadır ki; bu neticeler bakımından da kasten hareket ettiğini kabul etmek gerekir. Ancak bu durum kasttaki yoğunluğa eşit bir bilme ve isteme olmadığından kast olarak nitelendirilemez.

Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, Kanunkoyucu olası kastla işlenen suçları, doğrudan kastla işlenen suçlara oranla tam bir isteme olmadığından, irade (isteme) unsurunun açık olmaması sebebiyle (10,3), kastın neticeyi kapsamaması söz konusu olduğundan (43), failin istemesi değil lakaytlığı, muhtemel sonuçları kabullenmesi, göze alması durumu olduğundan daha hafif cezalandırmıştır.

Kanunda kasten işlenebilen suçların olası kastla işlenmiş olması halinde cezada indirim yapılması öngörülmüştür. Suçun olası kastla işlenmiş olması durumunda temel cezadan 21.maddede belirtilen şekillerde indirim yapılır. Örneğin akşam hastaneye gelen gebe kadının karnındaki bebeğin kalp seslerinin, normalin altına düştüğünü cihazla tespit

eden pratisyen hekim, bebeğin anne karnında solunum sıkıntısı çektiğini ve müdahale edilmez ya da sezeryan ameliyatıyla alınmazsa ölebileceğini tahmin eder, öngörür ve buna rağmen kayıtsız kalır, çocuğun ölümünü göze alıp ihmali davranışla uzman hekime haber vermezse, çocuğun ölü doğmasında olası kastı olduğu söylenebilir. Bu durumda, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun cezasında 21.maddeye göre indirim yapılır.

2.3. Kanaatimiz

Olası kastın kanundaki tanımından “ bilme ” unsurunun tam olarak gerçekleşmediğini çıkarmak mümkündür. 5237 sayılı Kanun’un 21.maddesinin 2.fıkrasındaki “Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde, olası kast vardır.” Şeklindeki, olası kast tanımından, olası kastta doğrudan kasttaki bilmenin kapsamında tam bir düşünme ve öngörmenin olmadığı, suçun unsurlarının gerçekleşebilme ihtimalinin öngörülmesi hali olduğu anlaşılabılır.

Şöyle ki, doğrudan kastta, suçun unsurlarının kesin olarak gerçekleşeceği fail tarafından düşünülüp öngörülmekte ve istenmektedir; kesinlik söz konusudur. Olası kastta ise fail suçun unsurlarının gerçekleşmesi ihtimalini öngörür; kesin olarak gerçekleşeceğini değil. Hedeflenmeyen unsurların gerçekleşmemesi de söz konusu olabilir. Olası kastta fail, suç teşkil eden tali nitelikteki unsurların gerçekleşeceğini değil, gerçekleşebileceğini öngörür ve gerçekleşebilmesi halini kabullenir. Kanunkoyucu 21. maddede “ gerçekleşeceğini öngörür ” dese idi net bir bilmeden sözedilebilirdi. (16). Bu nedenle kanundaki olası kast tanımında net bir bilmenin söz konusu olmadığını düşünmekteyiz.

Kanaatimizce kanunda tanımlandığı şekliyle olası kastta fail, istenmeyen neticenin gerçekleşeceğini değil gerçekleşebilme ihtimalini öngördüğünden, kastın bilme unsuru da tam olarak gerçekleşmemektedir.

Olası kastta bilme unsurunun tam olarak oluşmadığı, kanundaki tanımında “ bilerek ” ifadesi yer alan suçların sadece doğrudan kastla işlenebileceğini ifade eden, 21.maddenin gerekçesinden de çıkarılabilir. Şöyle ki, 5237 sayılı kanunun 21.maddesinin gerekçesinde, “ Kasten işlenebilen suçlar ilke olarak hem doğrudan hem olası kastla işlenebilir.Ancak kanundaki tanımında “ bilerek ” ifadesi yer alan suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilir. Örneğin, iftira suçunda failin, suçsuz olduğunu bilerek mağdura suç isnad

etmesi gerektiğinden bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir. ” (2) . Buradan da olası kastta tam bir bilmenin olmadığını çıkarmak mümkün gözükmemektedir.

Olası kastın kanundaki tanımından “ isteme ” unsurunun da tam olarak gerçekleşmediğini çıkarmak mümkündür. İsteme unsuru yukarıda açıklandığı üzere iradenin hem harekete hem de neticeye yönelmesidir. Fail iradesini, öngördüğü neticeyi elde etmek için kullanmışsa yani gerçekleşmesini istediği neticeye yönelmişse isteme unsuru oluşur. Olası kastta fail hareketi istemektedir, hareketten doğacak asıl neticeyi de istemektedir, ancak aynı hareketten doğabileceğini öngördüğü başka neticeler hakkında kayıtsız kalmaktadır. Failin öngörmüş olduğu halde engellemek içinde çaba sarf etmediği, suç teşkil eden tali neticeyi doğrudan istemesi söz konusu değildir. İsteme hali olmadığı gibi; açık ve net bir istememe de yoktur. Olası kastta failin hareketine bağlı olan suçun gerçekleşme ihtimali vardır ve bu ihtimale rağmen hareketin yapılması, neticenin göze alınması, kabullenilmesi sözkonusudur. Mutlaklık değil ihtimal sözkonusudur. Bu durum failin kusurunu ve kötü niyetini hafifletir. Çünkü oluşmaması ihtimali de vardır.

Kanaatimizce, olası kastın kanundaki tanımından, kastın bilme ve isteme unsurlarının ikisinin de oluşmadığını çıkarmak mümkündür. Çünkü, yukarıda detaylı anlatıldığı gibi fail suçun unsurlarının gerçekleşeceğini değil gerçekleştirebileceğini, gerçekleşme ihtimalini öngörmektedir. Olası kastla işlenen bir suçtan dolayı fail gerçekleşen neticeye göre sorumlu tutulmalıdır.

3. Yargıtay Kararlarında Olası Kast

Yargıtay’ın olası kasta ilişkin bir kararında; sanığın kalabalık meydana bulunan maktule ateş ederken meydana bulunan diğer maktulün de isabet alıp ölebileceğini öngörmesine rağmen ateş etmesi nedeniyle olası kastla adam öldürmek suçunu işlediğine karar verilmiştir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 27.12.2005 tarihli kararının özeti şöyledir : “ Sanığın maktul H.K.ya birden ziyade ateş ettiği sırada, maktül H. ile birlikte aynı yerde ve kalabalık meydana bulunan maktül N.Y’nin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörebilir durumda olduğu, maktül N.Y’yi olası kast kapsamında öldürdüğü anlaşıldığından ve maktül N.den gelen bir tahrik ve TCK’nın 52, 79. maddelerinin uygulanması koşulları bulunmadığından, sanığın TCK’nın 448., 59. maddeleri ile ayrıca tecziyesi gerekir ” (E. 2004/4562 K. 2005/4787) (www.kazanci.com.tr).

Yargıtay’ın, “ Olası kast ” olarak ifade edilmemiş olsa da, “ Gayrimuayyen kast ”, “ Dolaylı kast ”, “ Olursa olsun kastı ” gibi isimlerle ifade edilmiş olan olası kasta ilişkin eski tarihli kararları daha fazladır. Bu kararlardan özellikle yerleşmiş olan bazıların incelenmesi konumuz açısından önemlidir:

9.4.1990 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında “Gayrimuayyen Kast” şöyle anlatılmıştır: “...Gayrimuayyen Kastta, fail neticeyi düşünerek ve neticeyi kabul ederek hareket eder. Latin hukukundan beri var olan bu kaideye "Dolus indeterminatus determinatur eventu", yani "belirli olmayan kast netice netice ile belirlenir" kuralı denilmektedir. Öngörölmüş bir neticeye ve buna rağmen fiilin işlenmiş olmasına bakılarak hadisede kastı kabul etmek mümkündür.Bu neticeler bir defa gerçekleştikten sonra, faile yüklenen sorumluluk taksirden değil kasttan doğar ve artık hukuki tesirleri bakımından muayyen kast ile gayrimuayyen kast arasında bir fark yoktur. Arzu ve niyet edilmediği halde fail tarafından tahmin edilmesi mümkün daha ağır bir netice husul bulursa gayrimuayyen kast var demektir.

Bu noktada öngörme ve isteme birbirlerine karıştırılmamalıdır. Bir olayda öngörme olduğu halde isteme bulunmayabilir. Bu halde şuurulu taksir vardır. Ancak neticenin gerçekleşmesinin kati olarak öngöröldüğü durumlarda, öngörme ile beraber istemenin de varlığı sonucuna gidilebilir. Bu durumda ise, failin sorumluluğu, gayrimuayyen kasta dayanan bir sorumluluk olacaktır ve bu halde umulan sonuçlar istenmiş sayılır. ” (1990/1-60E. ve 1990/108K.) (www.kazanci.com.tr).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 9.7.2002 tarihli kararında, “ Dolaylı Kasıt, failin asıl kastettiğinden başka hareketinden doğacak diğer sonuçları tahmin ettiği veya büyük olasılıkla öngördüğü halde hareketine devam etmesidir ” şeklinde bir tanımlama yapmıştır. Kararın ilgili kısımları şöyledir : “...Fail hareketinden doğacak sonuçları bilerek ve isteyerek hareket etmişse kast gerçekleşmiştir. Buna karşılık, fail belli bir sonucu gerçekleştirmek üzere hareket ederken, bunun yanında başka sonuçların meydana gelmesini de göze almış ve bu sonuçlar da gerçekleşmişse, failin bu sonuçlar açısından da kasten hareket ettiği kabul olunur. Çünkü fail, asıl kastettiğinden başka, hareketinden doğacak diğer sonuçları tahmin ettiği veya büyük olasılıkla öngördüğü halde hareketine devam etmiştir. Dolaylı kast olarak adlandırılan bu kast türüne, “ Belirli olmayan kast ” “ Gayrimuayyen kast ”, “ Olursa olsun kastı ” veya “ Dolus eventualis ” de denmektedir.

Sanık her ne kadar amacının ormanı yakmak olmadığını savunmuş ise de toplanan kanıtlardan yangının başlatıldığı alanın orman arazisi olduğu, evin yanması halinde dahi bir kısım orman arazisinin yangının başlangıç noktası itibariyle yanmasının kaçınılmaz olduğu, ormanın yanacağını öngörmesine rağmen, hareketinden vazgeçmeyerek iradi olarak yangını başlatan sanığın hareketinin olası sonuçlarının da gerçekleşmesini istediğini kabulde zorunluluk bulunduğunu maksat dışında kalsa bile, amaca zorunluluk veya ihtimal bağı ile bağı olan sonuçlar bakımından failin (belirli olmayan kast) kurallar çerçevesinde meydana gelen orman yangınından kasten sorumlu olduğu anlaşılmaktadır . ” (2002/3-197 E. 2002/288 K.) (www.kazanci.com.tr).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 27.5.2003 tarihli kararında da, olası kastta failin maksadı dışındaki neticelerin gerçekleşmesini göze alması haline değinilmiştir. Kararın özeti şöyledir: “...Belli bir sonucu gerçekleştirmek üzere hareket eden fail, bunun yanında başka sonuçların meydana gelmesini de göze almış ve bu sonuçlar da gerçekleşmiş ise bu sonuçlar açısından da kasten hareket ettiğinin kabul edilmesinde zorunluluk bulunmaktadır...” (2003/3-128 E. 2003/164 K.) (www.kazanci.com.tr).

Türk Ceza Kanunu’ndaki kastla ilgili yenilikler ana hatlarıyla şöyledir:

765 sayılı Eski Ceza Kanunu’nda kastı tanımlayan bir madde bulunmamaktaydı. 5237 sayılı Kanun’un 21. maddesinde “ Kast ” başlığının altında, kastın çeşitleri tanımlanmıştır. 21.maddenin 1.fikrasında “ Doğrudan kast ”, 2.fikrasında “ Olası kast ” tanımlanmıştır.

5237 sayılı Kanun’un 21.maddesinin gerekçesinde, doktrinde daha önce yapılmış bazı tespitlere şu şekilde yer verilmiştir: “ Kast, kişi ile işlediği suçun maddî unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. Suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi, kastın varlığı için zorunludur. Suç tanımında yer almakla birlikte, fiilin ifade ettiği haksızlık üzerinde etkili olmayan koşulların gerçekleştiğinin bilinip bilinmemesi, kastın varlığı açısından önem taşımamaktadır. Örneğin objektif cezalandırılabilme koşulunun arandığı suçlarda bu koşulun veya şahsî cezasızlık sebebinin fail tarafından bilinmesi gerekmez. ” (2) .

Kanunkoyucu kasten işlenebilen bir fiilin olası kastla işlendiğinin tespiti halinde suçun temel cezasından indirim yapılmasını uygun görmüştür. 21.maddenin 2.fikrasının 2.cümlesinde ise olası kastla işlenen suçlarda cezadan ne şekilde indirim yapılacağı şu

şekilde açıklanmıştır: “ Bu halde, ağırlaşmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir. ” (2) .

Örneğin, yoğun bakımdaki bir hastayı öldürmek için elektrikleri kesen failin cezasında, hedeflenen dışındaki diğer hastaların ölümünden dolayı kasten adam öldürmekten, yaralanma ya da sakatlanmalarından dolayı kasten müessir fiilden dolayı verilmesi gereken cezalardan, 21/2 ye göre indirim yapılacaktır. Olası kastta irade unsurunun açık olmaması, cezanın doğrudan kasta göre daha hafif olarak belirlenmesi sonucunu doğurmuştur (10) .

4-Suçun Çeşitli Aşamalarında Kastın Durumu

Kural olarak kastın suçun bütün aşamalarında bulunması gerekir. Fail suçun başlamasından sona ermesine kadar kast halinde bulunabilir; bu nevi kasta “ Başlangıçta kast ” denir. Failin neticeyi öngörerek suç yoluna girmesi halindeki kast başlangıçtaki kasttır (16). Bu durumda üç ihtimal sözkonusudur :

Birinci ihtimalde, başlangıçta kasti olmayarak hukuka uygun başlamış bir eylem ilerleyen aşamada hukuka aykırı, kasti hale gelebilir. Bu durumlarda başlangıcı kasti olmayan eyleme kastla devam edilmesi sonucu meydana gelen neticede fail, kasten yaptığı eylemler nedeniyle sorumlu tutulur. Örneğin, eve davet edilen kişinin gitmesi söylenmesine rağmen gitmemesi halinde, başlangıcı hukuka uygun olan ama sonra konut dokunulmazlığını ihlal suçuna dönüşen bir durum vardır (16,13,3).

İkinci ihtimalde, başlangıçta taksirle başlamış bir eylem söz konusu olup sonrasında kasten hareket edilmiş olabilir. Örneğin, hemşire hastaya dikkatsizlik sonucu yanlış ilaç verdiğini fark eder; ama müdahale etmez ve hasta ölürse, ihmali davranışı ile kasten adam öldürmeden sorumlu olur. Fail başta taksirle hareket ettiği halde artık eklenen kastından sonraki fiilleri nedeniyle kasten hareket etmiş sayılır (16,27,13,3).

Üçüncü ihtimalde ise başlangıçta belli bir kast ile fiile başlanıp daha sonra bu kast ağırlaştırılabilir. Örneğin, hasmını yaralamak maksadıyla kavga eden fail kavga sırasında öldürmek niyetine bürünüp hasmını öldürebilir. Bu durumda fail baştan itibaren ağır kastla hareket etmiş sayılır (16,27,13,3) .

II. Taksir

Kanun ağır ve toplum için zararlı bir takım sonuçlar doğurabilecek hareketlerde bulunan kimselerin hareketlerinin sonuçlarını öngörmelerini, daha basiretli daha dikkatli davranmalarını, toplumun ve başkalarının yararlarını titizlikle görüp gözetmelerini istemiş ve bu sebeple taksirli hareketleri cezalandırmıştır (16) .

Taksirli suçların Ceza Kanunu'nda düzenlenme amacı, bireyleri dikkatli davranmaya, hukuk kurallarını ihlal etmemek konusunda gayret göstermeye yönlendirmek, zararlı ve tehlikeli fiilleri yaptırıma bağlayarak toplum düzenini korumaktır.

Taksir,“ Arapça bir sözcük olup; kısaltma, bir işi eksik yapma, bir şeyi yapabilirken çekinip yapmama, kusur etme, kabahat, günah... ” gibi anlamlar taşımaktadır. Hukuki anlamda ise taksir, “ Failin öngörülebilir nitelikteki sonucu öngörmemesi (bilinçsiz taksir) şeklinde olabileceği gibi, sonucu öngördüğü halde istememesi (bilinçli taksir) şeklinde de olabilir. ” (27) .

Taksirin psikolojik kaynağı dikkatsizliktir. Dikkat, belleğin dış etkenlere karşı takındığı tavır veya bilinçli kişinin ilgilendiği konuyla bağını sağlayan bir fonksiyondur. Dikkat kendiliğinden yada iradi olarak oluşabilir. Taksir, iradenin gereken dikkat ve özenin gösterilmesi yönünde kullanılmaması ile ortaya çıkar (28) .

Taksir, fail tarafından istenmeyen neticenin öngörülebilir (tahmin edilebilir) olduğu halde öngörülememesi veya öngörüldüğü halde istenmeden gerçekleştirilmesidir. İstenmeyen netice failin dikkatsiz ve ihtimamsız davranması sonucunda öngörülemmez ve gerçekleşirse failin bu neticeyi taksirle meydana getirdiği kabul edilir (38) .

Taksiri kasttan ayıran en önemli özellik, taksirde failin neticeyi kesinlikle istememesidir. Şu sorunun cevabı kast ve taksir kavramlarının ayrımı açısından önemli görülmektedir: “ Fail suç oluşturan sonucun meydana geleceğini kesin olarak bilseydi yine hareketi yapar mıydı? ” Cevap “ evet ” ise kastın, “ hayır ” ise taksirin sözkonusu olduğu düşünülmektedir (38).

Kasıtta fail iradesini harekete ve oluşacağını bildiği neticeye yöneltmiştir; neticeyi de istemektedir. Taksirde ise fail iradesini sadece harekete yöneltmiştir, neticeye değil. Zaten öngöremediği neticenin oluşmasını da istememektedir (13,10) . Taksirli suçlarda failin kusurlu sayılma nedeni, kastta olduğu gibi toplum kurallarına karşı gelmek

iradesinden değil; söz konusu kurallara dikkat etmemesi, aldırmaması, umarsız özensiz davranması, hareketin neticeyi gerçekleştireceğini düşünmemesi sebebiyledir (3).

Öngörülebilir nitelikteki neticenin objektif dikkat ve özen yükümüne aykırılık sonucunda öngörülmeyle gerçekleştirilmesi halinde basit (şuuratsız) taksir, öngörülen neticenin gerçekleşmesinin istenmemesine rağmen harekete devam edildiği durumdaki taksire bilinçli (şuurdu) taksir denir. İki taksir çeşidinde de önemli olan neticenin istenmemesidir. Bilinçli taksirde, tipe uygun, hukuka aykırı bir neticeye sebep olabileceğini öngören fail; istemediği neticenin gerçekleşmeyeceğine inanarak, güvenerek hareketine devam etmektedir (13,3).

Doktrinde çoğunluk taksirin esasını, öngörebilme teorisine dayandırmaktadır. Dönmezer – Erman’a göre “...taksirin esasını öngörebilmeye dayandırmak, hem taksirli suçların cezalandırılmalarının sebebini izah gibi bir yarar sağlar, hem de toplumun savunma ve adalet düşüncelerine cevap verir. ” (16,27,28,10,13,3).

Öngörebilme teorisine göre, ancak sonucu öngörme olanağının bulunduğu durumlarda sonucu öngörme yükümü söz konusudur (27) .

Neticenin öngörülebilir olması taksirin başlıca şartıdır. Meydana gelen netice her türlü öngörebilme yeteneğinin dışında ise kimseden bu neticeyi öngörmesi beklenemez. Meydana gelen netice kimse tarafından öngörülemez nitelikte ise taksirden değil kaza ve tesadüften söz edilir. Kaza ve tesadüf halinde kusurluluk bulunmaz (16) .

Kaza ve tesadüf (öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan hal) ve mücbir sebep (dışarıdan kaynaklanan karşı koyulamaz kuvvet) gibi hallerde failin başka türlü hareket imkanı olmadığından taksirden sorumlu tutulamaz (13,3) .

Öngörülebilme şartlarının saptanmasında ise bizzat failin şahsi niteliklerinin dikkate alınması gerekir. Taksirden dolayı failin cezalandırılmasının sebebi; toplum bakımından zararlı veya tehlikeli neticenin tahmin edilebilir olduğu halde tahmin edilmemesi veya tahmin edildiği halde önlenmemesidir (13,3,27) .

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 1.2.2005 tarihli kararında, “...Neticenin öngörülebilmesi, taksiri kaza ve tesadüften ayırır. Öngörülebilir neticenin istenmemesi ise taksiri kasttan ayıran unsurdur. Kastta sonuç istendiği halde taksirde sonuç istenmemektedir. Üzerinde önemle durulması gereken husus şudur ki; neticenin istenmemiş olması (iradi olmaması), taksirin önemli bir özelliğini oluşturmakta ve onu

kasttan ayırmaktadır.” şeklinde terimlerin ayırım noktalarına temas edilmiştir (E. 2004/9-213, K. 2005/3 numaralı) (www.kazanci.com.tr) .

Aynı kararda Yargıtay Ceza Genel Kurulu taksirin unsurlarını beşe ayırmanın mümkün olduğunu belirterek, unsurları şu şekilde saymıştır : “ a) Fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması , b) Hareketin iradeliği , c) Neticenin iradi olmaması , d) Hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması , e) Neticenin öngörülebilmesi ” (www.kazanci.com.tr).

5237 sayılı Kanun’un 22.maddesinin 2.fıkrasında taksirin tanımı şu şekilde yapılmıştır: “ Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın, suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir. ” Taksirin kanundaki tanımına uygun olarak, taksirin unsurlarına “ Dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ” unsurunun da eklenmesi uygun görülmektedir (2).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı’nda belirtilen taksirin unsurlarını; kanundaki taksir tanımı, 22.maddenin gerekçesi, ilgili Yargıtay Kararları ve doktrin çerçevesinde, tez konumuzla ilişkilendirerek açıklayalım.

1. Taksirin Unsurları

1.1. Fiilin Taksirle İşlenebilen Bir Suç Olması

5237 sayılı Kanun’un 22. maddesinin ilk fıkrasında bu unsur “ Taksirle işlenen fiiller kanun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır. ” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Madde gerekçesinde de, “ Suçlar kural olarak kasten işlenirler, ancak istisnaen taksirle işlenen belli fiiller kanunlarda suç olarak tanımlanmaktadır. ” şeklinde asıl kusurluluk şeklinin kast, istisnai bir kusurluluk şeklinin taksir olduğu belirtilmiştir (16,1,43).

Taksirli fiilin cezalandırılması için kanunda hüküm bulunması gereği kastla taksir arasındaki farklardan biridir. Zira taksirli suçların aksine, kasıtlı suçlarda kanuni tarifte kasıt aranacağı özellikle belirtilmese de, kasıt aranır (16,27,13). Failin, istemediği bir sonucun oluşmasından sorumlu tutulabilmesi için kanun, ancak dikkat ve özen yükümlünün bulunabileceği hallerde taksirli eylemleri cezalandırmış ve taksirli suçları tek tek belirlemiştir (27) .

Örneğin, Kanun’un 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 (2) . Bu hükümde maddenin birinci fıkrasındaki kasten çocuğun soy bağına 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 yasada gösterilmelidir. Bu taksirli hareket iradi olmalı, netice öngörülebilmesi ancak istenmemelidir. Hareket ile netice arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. ” şeklinde bu konuya değinmiştir (E. 2000/9-104, K. 2000/110) (www.kazanci.com.tr) .

1.2. Hareketin İradiliği

Suçun maddi unsurunu teşkil eden hareket, netice ve nedensellik bağı öğelerinden hareket, ancak failin iradesi dahilinde gerçekleştirilmişse ceza hukuku bakımından önem taşır. Hareketin iradiliği yapılan hareketin bilerek, isteyerek gerçekleştirilmesidir. Hareket iradi olmazsa taksirden bahsedilemez. Taksirli suçun özelliği, icrai veya ihmali şekilde olabilen iradi hareketin varlığıdır (2).

Taksirli icrai suçlarda hareketin iradiliğinin tespiti kolaydır. Ancak taksirli ihmali suçlarda unutmak, uyumak, dikkatsiz davranmak gibi durumlardan kaynaklanan ihmali hareketin failin taksirinden kaynaklandığının tespiti nasıl yapılacaktır?

Bir insan dikkatli davranmak isteyince dikkatli davranır, ancak bunu istemezse dikkatli davranmaz. Örneğin, ameliyat esnasında hastanın vücudunda makas unutan cerrahın bu ihmali iradi midir? Kişinin dikkatli ve özenli davranmak şeklindeki hareketleri ne kadar iradi ise bunların tersini yapması hali de iradidir. Bu örnekteki cerrah kendisine yüklenen dikkat ve ihtimam vazifesini - dikkatli ve özenli davranma ihtiyarına sahip olmasına rağmen - yerine getirmeyerek, neticeye sebep olmuş ve iradi olarak hareket etmiştir. Unutmamak için gereken özeni göstermemiştir. Bu nedenle hareketi iradidir (27,1) . Bir hastanın sağ gözünün ameliyat edilmesi gerekirken, sağlam olan sol gözünün ameliyat edilmesi olayında, doktorun dikkatsiz ve özensiz davranışı söz konusudur.

Mücbir sebep ve kazanın dışında kalan bütün hallerde ihmali hareket de iradi kabul edilmelidir (16,27,13,3,10) . Örneğin, cerrahın ameliyat sırasında aniden rahatsızlanması halinde bir zorlayıcı bir takım dış etkilerin tesiri , mücbir sebep sözkonusu olduğundan, hareketin iradiliğinden dolayısıyla taksirden söz edilemez .

Hareketin iradiliği konusunu, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 16.5.2000 tarihli kararında doktrine paralel olarak şöyle belirtilmiştir: "...Yasa koyucu, taksirli suçların 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. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; olay tarihinde ve öncesinde, akaryakıt istasyonunun bodrum katında, tuvaletlerde ve işçi soyunma yerinde normalden farklı akaryakıt kokusu hissedilerek sanık Mustafa Necati'ye de bildirildiği, hatta bu nedenle tuvaletlerin kullanıma kapatıldığı sabittir..." (2000/9-104 E. 2000/110 K.) (www.kazanci.com.tr) . Burada istasyonun işleyişinden sorumlu sanığın, dikkatsiz ve özensiz hareket etmesi sebebiyle yangının gerçekleştiği tespit edilmiştir. Tesiste akaryakıt kokusunun duyulduğu ve buna rağmen işletici tarafından önlem alınmadığı sabittir.. Tesis işleticisi, ihmalinin olası ve öngörülebilir neticelerini hesaplamakta iradi olarak özen göstermemiş olduğundan, taksirli sayılarak sorumlu tutulmuştur. Bu karara konu olay sağlık kurumun işleyişinden sorumlu kişilerin, taksirli fiiller nedeniyle sorumluluklarına da emsal teşkil etmektedir.

Taksirin unsurlarından olan hareketin iradiliği unsuru, yukarıdaki örnekte de görüldüğü üzere, taksirli ihmalî suçlar yönünden özellik arz etmektedir. Müsbet hareketin iradiliğinin tespiti kolay olmakta; ancak menfi hareketin iradiliğinin tespitinde niteliği gereği zorluklar çıkmaktadır. Bu nedenle ihmalî hareketteki iradilik, icrai hareketteki gibi kolay tespit edilememektedir.

1.3. Neticenin İradi Olmaması

Neticenin iradi olmaması, failin bilerek isteyerek yaptığı hareketten doğan neticeyi istememiş olmasıdır (1). Bu unsur taksiri kasttan ayırmaya yarayan unsurlardan biridir. Neticenin iradi olması halinde kast söz konusudur (13).

Bu unsurda, neticeyi öngörmek fakat istememek, gerçekleşmeyeceğini düşünerek eylemine devam etmek anlamına gelen " bilinçli taksir " ile ; neticeyi öngörmek ama göze almak, neticeyi kabullenerek hareketine devam etmek anlamına gelen " olası kast " arasındaki ayırım ortaya çıkmaktadır. Neticenin iradi olması halinde kast söz konusudur.

Taksir sorumluluğu için öngörülme veya öngörüldüğü halde istenmeyen neticenin gerçekleşmesi gerekir (16,10,3) .

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.10.2004 tarihli kararında neticenin iradi olmaması unsuru şu şekilde belirtilmiştir: "...Hareketin iradi, neticenin öngörülebilir olmakla birlikte istenmemiş olması halinde taksir söz konusudur. Mağdur ve sanığın arkadaş oldukları, aralarında herhangi bir husumet bulunmadığı tüm dosya kapsamı ile sabittir..." (E. 2004/1-163 K. 2004/194) (www.kazanci.com.tr) .

1.4. Hareketle Netice Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

Hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması, failin iradi hareketi sonucunda iradi olmayan neticenin oluşması demektir. Faille beraber başka şahıs hareketlerinin veya sebeplerin birleşmesi sonucu netice meydana gelmişse neticeye kimin hareketinin sebebiyet verdiğine, nedensellik bağının kesilip kesilmediğine bakılmalıdır (16) .

Hareketle netice arasındaki nedensellik bağı, failin taksirli hareketine 3. kişilerin veya mağdurun hareketlerinin eklenmesi sonucunda kesilebilir. Nedensellik bağının kesilmesi, failin hareketinin mevcut neticeye sebebiyet vermediğini ve bu nedenle failin mevcut neticeden sorumlu tutulamayacağını ifade eder.

1.4.1. Üçüncü Kişinin Hareketi

Üçüncü kişinin hareketinin failin hareketine eklenmesi sonucunda iki ihtimal olabilir:

Birinci ihtimal, failin hareketine eklenen üçüncü kişinin hareketinin kusursuz olması ihtimalidir. Failin taksirli hareketine eklenen üçüncü şahsın hareketi kusursuz ise nedensellik bağı kesilmediğinden, neticeden taksirli hareketin sahibi sorumludur (16, 28). Örneğin, penisiline duyarlı hastaya alerjisi olup olmadığını sormadan ve enjeksiyondan önce test yapılması konusunda uyarmadan penisilin yazan doktorun verdiği ilacı satan eczacının, hastanın bu sebeple ölmesinde, eklenen etkili bir hareketi olmadığı için sorumluluğu olmadığı kabul edilir. Çünkü, ilacı veren doktorun hareketi ile netice arasındaki illiyet bağı kesilmemiştir (10) .

İkinci İhtimal, failin hareketine eklenen 3.kişinin hareketinin kusurlu olması ihtimalidir.Failin taksirli hareketine aralarında işbirliği olmaksızın , üçüncü şahsın taksirli veya kasıtlı hareketi eklenirse ve bu hareketlerle zararlı netice arasında illiyet bağı

kurulursa, bütün şahıslar sorumluluklarını kendi kusurlu hareketlerinden alır. Örneğin, eczacının zehirli bir maddeyi açıkta unuttuğunu fark eden müşteri bu zehirle gider eşini öldürürse eczacı taksirle , müşteri kasten adam öldürmeden sorumludur (16).

Eklenen kasıtlı fiille ilgili olarak başka bir örnek de şöyle verilebilir : Trafik kazasında taksirle yaralama sonucu hastaneye yatan mağdurun tedavisi yanlış yapılır ve ölürse (1), asıl failin taksirle yaralamadan; yanlış tedavi yapan doktorun ise taksirle öldürmeden sorumlu olduğunu kabul etmek mümkün görülmektedir .

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 18.12.1997 tarihli kararında, bacağına kaybeden mağduru bıçakla yaralayan sanık, uzuv kaybından değil sadece bıçakla yaralamadan sorumlu tutulmuştur. Çünkü, bilirkişi raporunda mağdurun bacağının kesilmesinin sanığın bıçakla yaralamasından değil, hastanedeki muayene ve tedavisinin uygun şekilde yapılmamasından kaynaklandığı tespiti yapılmıştır. Burada sanığın bıçaklama fiili ile bacağın kesilmesi arasındaki illiyet bağı 3.kişinin taksirli fiili ile kesilmiştir. (1997/10728E. ve 1997/11390K.) (www.kazanci.com.tr) .

Aralarında işbirliği (sözleşme vb.) olan şahısların taksirli hareketleri söz konusu olursa, ikisi de taksirle adam öldürmeden sorumlu olur (16). Örneğin, bir özel hastanede hastanenin doktoru, hastaya yanlış ilaç verdiği için hastanın kalbi durursa ve hastanede de şok aleti bozuk olduğu için yeniden canlandırma yapılamazsa; doktor da hastane işleticisi de taksirle adam öldürmeden sorumlu olur.

1.4.2. Mağdurun Hareketi

Mağdurun hareketinin failin hareketi ile birleşmesi sonucunda üç ihtimal olabilir:

Birinci ihtimal, mağdurun tamamıyla normal olan hareketlerinin failin taksirli hareketlerine eklenmesi halidir. Bu hallerde failin taksirli hareketi ile netice arasındaki nedensellik bağı saklı kalır. Örneğin, yeşil ışıkta geçen yayaya çarparak yaralayan kişi taksirle müessir fiil suçunu işlemiştir (16,3) .

İkinci ihtimalde, mağdurun normal olmayan ama kusurlu ve hukuka aykırı da olmayan hareketi, failin taksirli hareketi ile birleşirse; hareketle netice arasındaki bağ kesilmez (16,3). Örneğin, kendini öldürmek isteyen bir hasta, hemşirenin kilitlemeyi unuttuğu özel bir dolaptaki ilaçları alır, içer ve ölürse; hastanın normal olmayan hareketi, hemşirenin taksirli ihmali hareketi ile netice arasındaki nedensellik bağı kesmez. Hemşire taksirle adam öldürmeden sorumlu olur.

Üçüncü ihtimalde, mağdurun hareketi kusurludur. Hem failin hem mağdurun hareketi kusurlu ise ve nedensellik bağı kesilmemişse fail için sorumluluk ortadan kalkmaz. Taksirler arasında takas yapılmaz. Failin sorumluluğu devam etmekte ancak mağdurun birlikte kusurunun da neticeye sebebiyet vermiş olması nedeniyle cezada indirim yapılmaktadır (16,13,3).

Örneğin, hastayı sterilizasyona dikkat etmeksizin ameliyat eden doktor, ameliyat yerinde oluşan iltihap için hastaya antibiyotik verse ve hasta da bu ilacı kullanmayı ihmal etse, hastanın tekrar ameliyat olmasından dolayı doktor taksirle müessir fiilden sorumludur; ancak suçun cezasında indirim yapılır. Çünkü hastanın müterafık kusuru söz konusudur. Aynı hasta antibiyotiği kullanırken kendi dikkatsizliği sonucu trafik kazası yapıp ağır yaralansa nedensellik bağı kesildiği için doktorun ağır yaralanmadan sorumluluğu yoktur.

Eğer oluşan zararlı sonucun fail kusurlu davranmamış olsaydı da , yalnız mağdurun kusurlu hareketi sonucunda oluşacağı tespit edilebiliyorsa fail bu zararlı sonuçtan sorumlu değildir (1).

22. maddenin 5. fıkrasında “ Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre belirlenir. ” denilmekle, bu durumda iştirak kurallarının uygulanmayacağı belirlenmiştir. Madde gerekçesi şöyledir: “ Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle sorumlu olur. Birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleşen bir ameliyatın ölüm veya sakatlıkla sonuçlanması durumunda ameliyata katılan kişiler müştereken hareket etmektedirler. Ancak tıbbın gereklerine aykırılık dolayısıyla ölüm ve sakatlıkla sonuçlanan bu ameliyatta işlenen taksirli suçun işleniş açısından suça iştirak kuralları uygulanmaz. İştirak hükümleri kasten işlenen suçlarda suçun işlenişine iştirak eden kişilerin sorumluluk statülerini belirlemektedir. Ameliyattaki her bir kişinin sorumluluğu ise kendi kusuruna göre belirlenir. ” (2,10) .

Yargıtay da aynı görüşü Ceza Genel Kurulu Kararında şu şekilde belirtmiştir: “...Failin taksirli hareketine üçüncü bir kişinin kusurlu hareketinin eklenmesi halinde ise, her bir taksirli hareketin illi bir değer taşıması durumunda faillerden her biri neticeden sorumlu tutulacaktır. Mağdurun kusurlu hareketinin eklenmesi halinde ise fail, kendi

kusuru oranında neticeden sorumlu olacaktır...” (Ceza Genel Kurulu, E. 2000/9-104 K. 2000/110 T 16.5.2000) (www.kazanci.com.tr).

Yargıtay 2. Ceza Dairesi 5.2.1996 Tarihli Kararında birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkesin kusuru oranında sorumlu olduğunu belirtmiştir (1996/268 E. 1996/1025 K.) (www.kazanci.com.tr).

Türk Ceza Kanunu’nun yukarıda zikredilen 22.maddesinde, herkesin kusuru derecesinde sorumlu olduğu; gerekçesinde de iştirak kurallarının uygulanmayacağı belirtilmektedir. Bazı müellifler (16,28) çoğunluk görüşünün ve Yargıtay’ın aksine, taksirli suça iştiraki kabul etme yönünde görüş bildirmektedir. Bu görüşte olanlara göre, taksirli hareketi gerçekleştirme bakımından faille üçüncü şahıs arasında işbirliği varsa, birlikte hareket şuurunun varlığı ve suçun bütün şerikler için aynı olması şartlarıyla iştirak kuralları uygulanabilir .

1.5. Neticenin Öngörülebilmesi

Neticenin öngörülebilmesi failden normal şartlarda beklenilebilecek olan özelliktir. Ancak öngörülebilir nitelikteki netice failin dikkat ve özen yükümüne aykırı davranması sonucunda öngörülememişse taksir söz konusudur.

Daha önce de değinildiği gibi neticenin öngörülebilir olması taksiri kaza ve tesadüften ayırır (16). Öngörülebilir olmayan bir neticenin özensizlik sonucu öngörülmediği iddia edilemez (10). Öngörülemeyen bir neticenin önlenebilmesi ya da öngörülemeyen bir neticeden failin sorumlu tutulması söz konusu olamaz (3). Failin neticeden sorumlu tutulabilmesi için öngörülebilir nitelikte bir netice söz konusu olmalıdır.

Taksirin kanundaki tanımına bakacak olursak “ Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir. ” (2). Kanun koyucu basit taksirde neticenin öngörülmeyerek gerçekleştirilmesini aramıştır. Ancak bu öngörmemenin sebebi gerekli olan objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılmasıdır. Gerekli dikkat ve özen gösterilmediği için kanunda tanımlanmış olan öngörülebilir nitelikteki neticenin gerçekleşeceği öngörülememiştir .

Madde gerekçesinde “...toplum halinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranışlarıyla ilgili

kurallar konmaktadır. İnşaat faaliyetleri, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir.

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. ” (2) .

Neticenin öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi için subjektif ölçünün kullanılacağını görüşünde olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.5.2004 tarihli kararında, “...Neticenin öngörülebilmesi ise, failin hareketlerinin sonuçlarını tahmin edebilme yeteneğini ifade eder. Bu bakımdan failce neticenin öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi bakımından failin yaş, görgü, meslek vs. gibi niteliklerinin nazara alınmasını zorunlu kılar...” şeklinde belirtmiştir (2004/2-97 E. 2004/115 K).

Aynı nitelikte başka bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı şöyledir: “...Öngörebilme olanağının belirlenmesinde nasıl bir ölçüt uygulanacağı hususu uygulama ve öğretide de tartışılmış, failin kişisel niteliklerini göz önünde bulunduran subjektif görüş eğilim kazanmıştır. Bu görüşe göre failin görgüsü, sosyal seviyesi, yaşam tecrübesi, bedeni ve akli hali, zeka düzeyi gibi hususlar öngörme olanağının belirlenmesinde nazara alınacaktır...” (2004/1-163 E., 2004/194 K. , 12.10.2004T.) (www.kazanci.com.tr).

Sanığın özellikleri dikkate alınarak verilen başka bir kararda, Ceza Genel Kurulu; sanığın nitelikleri itibariyle neticenin öngörülmesi mümkün olmadığından sanığın beraatine karar vermiştir. Karar şöyledir: “ Taksir, öngörülmesi mümkün olup da failce öngörülememiş olan neticenin dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik nedenlerinden biriyle meydana gelmesidir. Neticenin öngörülebilir olup olmadığının saptanmasında failin kişisel durumu esas alınmalıdır. Öngörülebilmenin imkansız olduğu hallerde taksirden değil, kaza ve tesadüften söz edilebilir. Sanık, 21 yaşında, okuma yazma dahi bilmeyen ve kırsal kesimde yaşayan bir ev kadınıdır. Çocuğunu sevmek amacıyla fırlatma eylemi yaralanmayla sonuçlanmıştır. Sanığın yaşadığı sosyal ve ekonomik koşullar ile kişisel durumu nazara alındığında netice öngörülebilir olmadığından

beraate karar verilmesi gerekirken aksi yönde karar tesisi hatalıdır. ” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2004/2-97, K. 2004/115, T. 11.5.2004) (www.kazanci.com.tr).

Görüldüğü üzere ceza hukukunda taksirli fiillerde öngörülebilirlik olanağının tespitinde, Yargıtay tarafından subjektif ölçü kullanılmaktadır. Subjektif ölçü, somut olayda neticenin fail tarafından fiilen tahmin edilebilir olup olmadığını tespit eder.

Doktrinde de çoğunluk görüşü, taksirli fiillerde neticenin öngörülebilir olup olmadığını belirlenmesinde; failin somut olaydaki sosyal, psikolojik ve fizyolojik durumuna bakılması gerektiğini düşünmektedir (10,3,27).

Öngörülebilirlik ölçütü konusunda doktrindeki farklı görüşler mevcuttur :

Öngörülebilirliğin, failin mensup bulunduğu toplum ya da meslek grubunun ortak tecrübesi esas alınarak saptanması gerektiğini görüşünde olanlar olduğu gibi (16) , ortalama bir insanı esas alan objektif ölçünün kullanılması gerektiği görüşünde olanlar da bulunmaktadır (43) .

Failin içinde yaşadığı sosyal çevrede ya da mensubu olduğu meslek çevresindeki ortak tecrübeler ve failin kişisel özelliklerine göre saptamak gerektiği şeklinde karma görüşü savunanlar da vardır (13).

“Somut olay göz önüne alınarak gerekli olan kriterler esas alınmalı” şeklinde daha genel bir ölçütün kullanılabileceği de düşünülmektedir (10) .

Failin kişisel yeteneklerini göz önüne alarak öngörme olanağının saptanması, taksirin subjektif sorumluluk türü olmasının bir gereğidir. Bu kişisel özellikler saptanırken failin (yaş, kültür derecesi, zeka vb. yönlerden) özelliklerine sahip bir kişinin sonucu öngörebilip öngöremeyeceğine bakılmalı ve öngörme olanağına sahip olduğu sonucuna varıldığı takdirde, sonucu öngörmediği için taksirden sorumlu tutmalıdır (27) .

1.6. Dikkat Ve Özen Yükümünün Yerine Getirilmemesi

Bazı yazarlar tarafından taksirin anlatılan beş unsuruna, 5237 sayılı Kanun'daki taksir tanımına paralel olarak “ Dikkat ve özen yükümünün yerine getirilmemesi ” (27,3) ya da “ Davranış kurallarına uymama ” (10) başlıkları altında, altıncı bir unsur eklenmiştir. Bu unsur taksirli fiili gerçekleştiren failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi, kendi objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sonucunda öngörememesini içermektedir.

Dikkat ve özen yükümüne aykırılık unsurunun varlığı için, öncelikle failin böyle bir yükümlülüğünün bulunması gerekir. Bu yükümlülüğün kaynağı hukuki normlar olabildiği gibi toplumsal kurallar, davranış normları da olabilir. Toplumun ortak tecrübesinin gerektirdiği davranış normlarına, dikkat ve özen yükümüne aykırılık ta taksiri doğurabilir. Hukuki normların ceza hukuku normları dışındaki normlar da olabileceği, hatta özel kişilerin koyduğu normlarla dahi kişilere dikkat ve özen yükümü yüklenebileceği kabul edilmektedir (27).

Dikkat yükümüne aykırılık (dikkatsizlik), bilinçli bir kişinin ilgilendiği konuyla bağının kopması (28), psikolojik muhakeme zaafı olarak tanımlanabilir. Özen yükümlülüğüne aykırılık (tedbirsizlik), ortak tecrübe kurallarına aykırı olarak ihmali tutum sergilemek şeklinde tanımlanabilir (13). Örneğin, doktorun çocuğu sünnet ederken sünnet derisi ile beraber erkeklik organını da kesmesi, dikkatsizlik; hemşirenin hastaya iğne yaparken özensiz davranarak iğne yaptığı yeri iyi ayarlamaması sonucu siyatik sinire iğne yapması, tedbirsizlik olarak düşünülebilir.

Hukuk kuralları, genel yaşam tecrübeleri ve mesleki deneyim gereği olarak kişinin; psikolojik ve bedensel durumuna göre, belli kurallara uygun davranma, özen gösterme ve dikkat etme görevi vardır. Bu görevi yerine getirmeyerek zararlı bir netice doğmasına neden olan kişi sorumlu olur. Ancak bu sorumluluğun doğabilmesi için dikkat ve özen yükümlülüğüne veya davranış kurallarına uymanın olanaklı olması gerekir (10).

Özek ve Ünver, mesleki taksir ile genel taksir kurumlarının birbirinden farklı kurumlar olmadığını, “ mesleki taksirin, yalnızca belli bir belli bir sanat ve mesleğin icrasından doğan taksirli davranış tarzı olduğunu ” belirtmektedir. (37, 45).

Dikkatli ve özenli davranmanın, toplumsal ve mesleki davranış kurallarına uymanın somut olayda olanaklı olup olmadığı, failin kişisel nitelikleri göz önüne alınarak belirlenir. Failin dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmasının olanaklı olup olmadığı beden kusurları, miyopi, sağırılık, makul heyecanlar gibi failin kişisel nitelikleri göz önüne alınarak tespit edilir (27).

Bazı yazarlar tarafından, bünyeleri gereği tehlikeli nitelik taşıyan girişimlerde gösterilmesi gereken dikkat ve özen ayrıca incelenmiştir (27,45) . Tez konumuz olan “ Sağlık çalışanlarının tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğu ” konusu da tehlikeli girişimler kategorisindedir.

Bu görüşü savunan yazarlarca, salt böyle bir etkinliğe girişmenin taksirden doğan ceza sorumluluğunu gerektirmediği ; aksi takdirde uzmanlarca tehlikeli girişimlerde bulunulmayacağı, toplumsal ve bilimsel gelişimin engelleneceği düşünülmektedir. Zira, bu tehlikeli durumlarda; bilim ve tekniğin ilerleyebilmesi için belirli risklerin göze alınmasına izin veren, “ İzin verilen risk ” olarak adlandırılan hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğu düşünülmektedir. Bu kavram kapsamında gösterilen alanlar arasında; elektrik sanayi, fabrikalar, patlayıcı madde üretimi, maden ocağı işletmeleri, avukatlık, sağlık mesleği vb. alanlar sayılabilir. Ancak bu alanlarda da alınması gereken belirli önlemlerin alınmaması ve belirli ön koşulların yerine getirilmemesi taksire neden olabilir. Eğer bu tehlikeli girişimlerde bulunulurken hukuk normlarının ve ortak tecrübenin gerektirdiği dikkat ve özen yükümüne uyulmazsa, bundan doğan zararlı sonuçlardan failler sorumludur (27,45).

Niteliği gereği tehlikeli sonuçlar doğurmaya müsait bir mesleği icra eden sağlık mesleği mensuplarının, dikkatsiz ve özensiz fiilleri nedeniyle ceza sorumluluğu olduğu gibi, özel hukuk alanında da tazminat sorumluluğu mevcuttur.

Özel hukuk açısından sağlık mesleği mensubunun özensizliği sonucu oluşan zararların zarar verene tazmin ettirilmesinin sözleşmeye aykırılık, haksız fiil gibi sebepleri olabilir. Borçlar Hukukundan kaynaklanan, sözleşmeye aykırılık (BK.m.96) ve haksız fiil (sözleşme dışı kusur, BK.m.41) gibi sorumluluklarda da çok önemli olan özen kavramı, özel hukukta ihmalin belirlenmesinde karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede, ihmalin tespiti bakımından aranan özen eksikliğinin ölçüsü konusunda borçlar hukuku alanında bugün için hakim görüş, objektifleştirilmiş özen ölçüsüdür (22).

2. Doktor ve Diğer Sağlık Çalışanlarının Tıbbi Müdahale Sırasında Taksirle İşlediği Suçlara İlişkin Yargıtay Kararları

Aşağıdaki örnek Yargıtay Kararları sağlık çalışanlarının taksirle işlediği suçlara ilişkin olarak uygulamadaki eğilimi yansıtmaktadır.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için ilk şart, tıbbi müdahalenin kanuni ehliyet şartlarını haiz sağlık mesleği mensubu tarafından yapılmasıdır. Aşağıdaki kararda Yüksek Mahkeme öncelikle, ameliyatı yapan kişinin yetkili olup olmadığının, sonra da doktorların taksirli fiildeki kusur oranlarının belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Olayda asistan doktor, dikkat ve özen yükümüne aykırı davranarak dosyayı iyi incelememiş ve yanlış taraftaki gözü almıştır.

Tıp uygulamalarında “ Yanlış Taraf Cerrahisi ” olarak isimlendirilen bu tıbbi hata çeşidinde, dikkat ve özen yükümüne aykırı davranıldığı Yargıtay tarafından sabit görülmektedir. Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin, asistan doktorun ve onu görevlendiren uzman doktorun yetki dereceleri ve kusur oranlarının tespitinden sonra taksirle yaralamaya sebebiyet vermekten hüküm kurulması gerektiğini belirlediği, 24.4.1996 tarihli kararı şöyledir: “...Ameliyathane sorumlusu doktor sanığın görevlendirmesi üzerine, göz ihtisası yapmakta olan diğer doktor sanığın; mağdurenin dosyasını incelemeden, sağlam gözünü ameliyat ederek aldığı, diğer gözün de zorunlu olarak alınması sonucu, mağdurenin iki gözünün kör olduğu olayda... 1219 sayılı Yasa’nın 75. maddesi saklı kalmak üzere sanıkların yetki dereceleri ve olaydaki kusur durumları ve oranı hakkında öncelikle Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınarak, sonucuna göre hüküm kurulması gerekir. ” (Yargıtay 2. Ceza Dairesi 1996/4493 E., 1996/4682 K., 24.4.1996T.) (www.kazanci.com.tr).

Yanlış tarafa müdahalenin dava konusu olduğu bir başka karar da 12.11.2003 tarihinde verilmiştir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, diş hekimi olan sanığın, gerekli özeni göstermeden mağdurun yanlış taraftaki sağlam dişini çekmesi eyleminin, hastasının cismen eza görececek biçimde yaralanmasına neden olma suçunu oluşturmaya rağmen, görevi ihmal suçundan hüküm kurulmasını yasaya aykırı bulmuştur. Kararın içeriği şöyledir: “...suç tarihinde N... Devlet Hastanesi Diş Polikliniğinde Diş Tabibi olarak görevli bulunduğu bildirilen sanığın, diş çektirmek için kendisine başvuran 1991 doğumlu mağdure Selen'in, çekilmesi gereken sol üst çene IV-V nolu çürük dişleri yerine sağ üst çenesindeki IV-V No.lu sağlam dişleri çekmesi biçiminde oluşan eylemde, Yüksek Sağlık Şurası'nın 25, 26 Ekim 2001 tarihli raporunda da açıkça vurgulandığı gibi, hastasına gerekli dikkat ve itinaı göstermeyerek onun cismen eza göreceği veya sıhhatini ihlal edecek derecede yaralanmasına sebebiyet vermiş bulunması karşısında, TCY. 459. maddesinde yazılı suçun oluşacağı gözetilerek, mevcut yaralanmanın mağdureyi kaç gün alışılmış uğraşından alıkoyacağı hususunda uzman hekim ve sanığın kusur oranı yönünden bilirkişi raporu alındıktan sonra neticesine göre hüküm kurulması yerine, görevi savsama suçundan hüküm kurulması, yasaya aykırıdır. ” (2002/28399 E., 2003/11352 K.) (www.kazanci.com.tr).

Tababet Kanunu gereği hasta tedavi etme yetkisi sadece doktorlara tanınmıştır. Hasta tedavisi sırasında ve sonrasında doktorun tedavi ettiği hastaya yapılmasını gerekli gördüğü işlemlerden bazıları, doktorun denetim ve gözetiminde yardımcı sağlık mesleği mensupları tarafından yapılabilir .

Sağlık mesleği mensuplarının kendi görevlerini yetkisiz kimselere yaptırmaları sonucunda oluşan zararlardan dolayı sorumluluk, hem görevin ihmalî hem de denetim gözetim yükümünün ihlali nedeniyle sağlık mesleği mensuplarıdır. Kişi yetkili olmadığı konuda sorumsuzdur. Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 1996 tarihli bir kararında anestezi uzmanı ve anestezi teknisyenlerinin, görevi olduğu halde yapmadıkları icrai hareketi, yetkisiz hizmetliye yaptırmaları ve onunda hatalı yapması nedeniyle hastanın ölümünde ihmallerinin olduğu; gerekçesiz ve yetersiz Yüksek Sağlık Şurası raporuna dayanılarak hüküm verilemeyeceğinden, adli tıp kurumundan yeni bir rapor alınması gerektiği tespit edilmiştir. Kararın içeriği şöyledir: "...Ameliyat sırasında biten oksijen tüpünü teknisyen sanıkların değiştirttikleri yetkisiz hizmetlinin, yanlışlıkla karbondioksit tüpünü bağlaması sonucu ölümün meydana geldiği olayda... tıbbi konularda Yüksek Sağlık Şurası'ndan kusurlu olup olunmadığı yönünden rapor alınması gerekli ise de, kusur oranları bakımından bu raporun bağlayıcılığı bulunmadığı gözetilmeden, nedenlerini de yeterince açıklamayan Yüksek Sağlık Şurası'nın sanıklara ayrı ayrı 3/8'er kusur izafe eden, hiç bir gerekçe gösterilmeden mücerret bir ifade ile 3/8 oranındaki kusuru da (diğer sebeplerle sağlık personelinin kusur ve ihmali ile izafe edilemeyecek diğer faktörlere) bağlayan raporundaki bu kusur oranlarına dayanılarak ve yukarıda belirtilen oluş, sanıkların konumu ve tüm dosya münderecaatı değerlendirir şekilde Adli Tıp Kurumu'ndan yeni bir rapor alınmadan eksik soruşturma ile hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir..." (Yargıtay 2. Ceza Dairesi 1996/268 E., 1996/1025 K., 5.2.1996 T.) (www.kazanci.com.tr).

Sağlık çalışanlarının cezai sorumlulukları açısından emsal kabul edilebilecek bu karar, konumuz açısından önemli olduğundan kararı detaylarıyla vermenin faydalı olacağını düşünmekteyiz. Karar şöyledir: "...Devlet Hastanesinde yapılan guatr ameliyatı esnasında, bir saatlik ameliyatta 15 dakikalık oksijen kaldığının anlaşılması üzerine, oksijen tüpünün değiştirilmesi sırasında; oksijen tüpü yerine üzerinde karbondioksit yazısı ve CO2 rumuzunu taşıyan, rengi ayrı, vanası farklı olarak kırmızı olan karbondioksit tüpünün takılmasından bir süre sonra, hastanın dudaklarının morarması ile bu durumun

fark edilmesi ve yapılan müdahaleye rağmen hastanın bu sebeple ölmesi şeklinde cereyan ettiği belirlenen olayda;

Ameliyattan önce anestezi işlerini bizzat hazırlayıp, ameliyat esnasında bulunup bizzat yapmak ve teknisyenlere nezaret etmekle görevli hastane Anestezi ve Reanimasyon Uzmanı Dr. Sanık Mehmet'in, bu görevlerin hiç birini yerine getirmemek ve baştan sona özensiz ve denetimsiz davranmakla, olayda asli kusurlu olması gerektiği, anestezi teknisyeni sanıklar Hüsniye ile Bediha'nın da anestezi cihazını ve ameliyat masasını ameliyattan önce kontrolle ameliyata hazır hale getirmek, oksijen ve azot peroksit tüplerinin dolu olup olmadığını kontrol etmekle ve ameliyat esnasında değiştirilen oksijen tüpünü de bizzat değiştirmekle görevli oldukları halde, ameliyat öncesinde bunları yapmayarak bir saatlik ameliyatta 15 dakikalık oksijen kaldığını ancak ameliyat esnasında fark edip, kendileri yerine yetkisiz hizmetliye tüpü değiştirmek ve tüm ayırıcı özelliklerine rağmen kontrol etmemekle, sıfatları ve konumları itibarıyla Uzman Dr. kadar olmasa da ağırlıklı ve büyük kusurlarının bulunduğu..." (Yargıtay 2. Ceza Dairesi 1996/268 E. 1996/1025 K. 5.2.1996 T.) (www.kazanci.com.tr).

Hukuk uygulamasında hakim in her konuda bilgi sahibi olması mümkün değildir. Bu nedenle bilir kişilerden görüş alınarak davalar karara bağlanmaktadır. Tıpla ilgili konularda görüş alınan bilirkişilik kurumlarından biri olan Yüksek Sağlık Şurası aşağıdaki karara konu olayda aynı dosya için zıt kararlar vermiş ve bu çelişki nedeniyle Adli Tıp Kurumundan görüş alınması gereği hüküm altına alınmıştır. Yargıtay 2. Ceza Dairesi 27.9.1999 tarihli kararında, sanık doktorun taksirle adam öldürme suçunda kusuru olup olmadığının dördüncü kez bilirkişiden sorulmasına karar vermiştir. Karar özeti şöyledir: "...Hazırlık soruşturması sırasında dosyayı inceleyen bilirkişi heyetinin düzenledikleri 16.12.1994 günlü raporda akut miyokart enfarktüsü hastayı 3. gün hastaneden çıkartan ve enfarktüsün 10. günü koroner anjiyografi yapılmasını öneren ve 7. günü anjiyografi uygulayan sanığın 4/8 oranında kusurlu olduğunu belirttikleri, Yüksek Sağlık Şurasınca düzenlenen 18 - 19 Eylül 1996 gün 9407 sayılı raporda akut dönemde anjiyoplasti yapan sanığın dikkatsiz ve tedbirsiz davrandığından dolayı, kusurlu olup kusur oranının 4/8 olduğunun bildirildiği, itiraz üzerine dosyayı yeniden inceleyen Yüksek Sağlık Şurasınca düzenlenen 25 - 26 Aralık 1997 gün ve 9629 sayılı raporda ise ölenin akut miyokard enfarktüs olmayıp non - q miyokard enfarktüs olduğu ve karar teşhisi ile

yapılan tedavinin doğru olduğu ve sanığın kusurunun bulunmadığının bildirildiği bu suretle yaklaşım ve sonuç itibarıyla çelişki yaratıldığı nazara alınarak olayda sanığın kusurlu olup olmayacağı yönünden Adli Tıp Kurumundan mütalaa alınıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir...” (1999/11181 E. 1999/11872 K.) (www.kazanci.com.tr).

Hastanın ölümünde sağlık mesleği mensuplarının ihmali davranışlarının etkili olup olmadığının Adli Tıp Kurumu’ndan sorulması şeklindeki Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 11.2.2004 tarihli kararında, hastaneye yaralı getirilenin görevli doktor ve hemşire sanıklarca yeterli kontrol muayene ve müdahale yapılmaması nedeniyle ölmesinde görevi savsama etkili ise taksirle ölüme neden olmak suçunun oluşacağı tespiti yapılmıştır. Yüksek Mahkeme, faillerin fiillerinin hangi suçu oluşturduğunun saptanması için tekrar bilirkişi incelemesi yapılmasına karar vermiştir. Kararın içeriği ise şöyledir: “...trafik kazası sonucu hastane acil servisine getirilen ölenin, yapılan ilk müdahaleden sonra yatırıldığı ortopedi servisinde görevli sanık doktor İlker ile hemşire Hatice'nin uzun süre geçmesine rağmen zamanında ve yeterli kontrol-muayene ile ölenin gelişen klinik bulgulara uygun gerekli müdahaleyi yapmak ya da yapılmasını sağlamaları gerekirken bunu yapmamaları nedeniyle Yüksek Sağlık Şurasının 28.12.2001 tarih ve 10448 sayılı kararı ile ölüm olayında her bir sanığın 4/8 oranında kusurlu bulunduğu belirtilmiş olması karşısında; dosya ile birlikte, ölen ile ilgili tüm raporlar ile hastane kayıt ve belgeleri gönderilmek suretiyle, Adli Tıp Kurumundan sanıkların tedavide kusur veya savsamalarının bulunup bulunmadığı, bulunduğu saptandığı takdirde yükletilen savsama niteliğindeki eylemler ile ölüm arasındaki illiyetin belirlenmesine yönelik olarak, sanıkların kendilerine yasal normlar çerçevesinde yükletilen sorumluluklarını yerine getirmeleri durumunda dahi ölüm olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin görüş alınarak; sanıkların bu yöndeki sorumluluklarını yerine getirmiş olmaları halinde yine de ölüm olayı kaçınılmaz biçimde gerçekleşeceği sonucuna varılması durumunda, eylemlerinin görevi savsama suçunu; ölüm olayının gerçekleşmesinde, sanıkların kendilerine yükletilen sorumluluklarını yerine getirmemelerinin etkili olduğu sonucuna varılması durumunda da taksirle ölüme neden olmak suçunu oluşturacağı ve kusur oranlarına göre cezalandırılmaları gerekeceği gözetilmeden, eksik soruşturma ile görevi

savsama suçundan hüküm kurulması ” gerektiğine karar vermiştir (2003/1064 E. , 2004/2055 K.) (www.kazanci.com.tr).

Taksirle yaralama fiilinden dolayı verilen ve kesinleşen ceza mahkumiyeti kararının da etkisiyle; kamu görevlisi doktorun dikkatsiz ve özensiz davranışla hastaya zarar verme fiilinin görevinden kaynaklanan hizmet kusuru değil salt kişisel kusur sayılması ve idare aleyhine İdare Mahkemesinde değil, şahıs aleyhine Hukuk Mahkemesinde dava açılması konusunu içeren, 26.9.2001 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında; doktorun tedavide gecikme şeklindeki kusurlu davranışıyla hastanın vücut bütünlüğünde zarar meydana getirmesinin salt kişisel kusuru olduğunun, olayda idarenin hizmet kusuru olmadığı belirlenmesinde, doktorun aleyhinde taksirle yaralama nedeniyle verilen ceza mahkumiyeti kararının etkili olduğu dile getirilmiştir. Kararın özeti şöyledir: “...Sağlık Bakanlığı’ndan müfettiş görevlendirilmesinin talep edildiği, müfettişlerce yapılan inceleme sonucunda "diğer iddiaların kanıtlanamadığı, ancak açık kırıklarda ilk 6-8 saat içinde ameliyathane ortamında debridman gerekli olduğu, bunda gecikildiği ve uygulanan antibiyotik tedavisinin de yetersiz kaldığı, doktor hakkında TCK.nun 459 maddesi ile yargılanmak üzere ceza davası açılması gerektiği" görüşüyle fezleke hazırlanıp, verilen 24.11.1994 gün ve 1994/52 sayılı lüzumu muhakeme kararı üzerine de Sakarya Asliye 1. Ceza Mahkemesinin 6.5.1997 gün ve 1995/37 e. 1997/314 k. Sayılı kararıyla Türk Ceza Kanununun 459 maddesi gereğince cezalandırıldığı, bu kararın denetimden geçerek onandığı dosya kapsamı ile bellidir. Ceza mahkemesi kararının dayanağı ,Yüksek Sağlık Şurası’nın davalı doktor hakkındaki 18-19 eylül 1996 tarihli 191/9434 sayılı “...(yaranın) debridmanında gecikilmekle birlikte antibiyotik tedavisinde de geç kalındığı, bu nedenle 2/8 kusurlu olduğu" yönündeki kararıdır. (...) Bu olgular karşısında davalı doktorun salt idari bir görevin yerine getirilmesi sırasında zarara yol açmayıp, idari görevi cümlesinden olmakla birlikte hekimlik sanatının icrası sırasında hakkında verilip kesinleşen mahkumiyet kararıyla da belirlenen ve görevinden ayrılabilen salt kişisel kusuru ile davacı zararına yol açtığı duraksama bulunmamaktadır. Bu nedenle mahkemenin davanın idareye karşı açılması gerektiği gerekçesiyle davanın husumet yönünden reddine ilişkin kararında direnmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (2001/4-595 E., 2001/643 K.) (www.kazanci.com.tr).

3. Bilinçli Taksir

5237 sayılı Kanun'un 22.maddesinin 3.fikrasında tanımlanmış olan bilinçli taksir hali; fail tarafından, öngörülen fakat istenmeyen neticenin oluşturulmasıdır. 22. maddenin 3. fıkrasına göre, “ Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır. ” (2).

“ Neticenin fiilen öngörülüp de istenmemesi ” (16,28) olarak tarif edilebilecek olan bilinçli (şuurlu) taksirdeki öngörme kasttan farklı olarak, sonucun iradiliği ile değil, o sonucun ortaya çıkmayacağı kanısı ile birlikte bulunduğu için kasttan farklı bir anlam ifade eder (27) .

Bilinçli taksirde, hareketinin cezai sorumluluk gerektiren neticeye sebep olabileceğini öngören fail, bu neticenin gerçekleşmesini istememektedir. Hukuka aykırı neticeyi öngördüğü halde gerçekleşmeyeceğine güvenen ve bu güvenle hareketine devam eden failin söz konusu güveninin sebebi talih, bilgi, kabiliyet, tecrübe gibi çeşitli etkenler olabilir (3). Fail neticenin gerçekleşmeyeceğine inanarak, güvenerek -inşallah olmaz- diyerek hareketine devam etmektedir. Bu hareket icrai bir hareket olabileceği gibi, ihmali bir hareket de olabilir.

Bilinçli taksiri basit taksirden ayıran özellik , fiilin neticesinin failce fiilen öngörülmüş ve fakat istenmemiş olmasıdır (2). Basit taksirde fail neticeyi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı için öngöremez. Öngörmediği ve istemediği neticenin oluşmasında dikkatli davranmadığı için cezalandırılır. Bilinçli taksirde ise neticeyi öngörür ve öngördüğü halde engel olmadığı için cezalandırılır. Her iki taksir çeşidinde de sonuç istenmemektedir. Ancak basit taksirde failin öngöremediği neticeyi önlenmesi de mümkün olamayacağından, fail istemediği sonucu önlememeden değil, dikkatsizliği sonucu öngörememeden dolayı cezalandırılmaktadır. Bilinçli taksirde basit taksire göre failin kusuru daha fazladır. Bu sebeple Kanun'un 22/3. maddesindeki , “ ...taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar arttırılır. ” şeklindeki düzenlemeyle, bilinçli taksirle işlendiği tespit edilen suçlar için, basit taksirle işlenmiş suçlara oranla daha ağır ceza uygun görülmüştür. (2).

Neticenin öngörülmesi halinde failin kastının olduğu, en azından olası kastının olduğu düşünülebilir mi? İşte olası kastla bilinçli taksir arasındaki fark da burada ortaya çıkar. Dönmezer, bu hali belirli olmayan (olası) kast kavramına sokan yazarların

görüşlerine katılmama gerekçesini şu şekilde belirtmiştir: “ Kastta neticenin sadece öngörülmesi yeterli değildir; irade unsurunun da şu veya bu şekilde neticeyi kapsaması gerekir. Oysa bilinçli taksirde bu irade (isteme) unsuru yoktur.” Bu sebeple bilinçli taksiri kast kavramına sokmak uygun sayılmaz (16).

Olası kastta failin neticeyi istemediğini söylemek mümkün değilken; bilinçli taksirde fail neticeyi istememekte , oluşmamasını temenni etmekte ve büyük bir inançla istemediği neticenin olmayacağını düşünmektedir. Olası kastta ise fail neticenin oluşmasını göze almakta ve kabullenmektedir. Daha çok vurdumduymaz bir tavır sergilemekte, “ olursa olsun ” demektedir.

İçel bilinçli taksiri olası kasttan ayıran özelliği şu şekilde belirlemiştir: Bilinçli taksirde “ ...fail, sonucun gerçekleşme olasılığını genel olarak öngörmesine rağmen somut olayda bunun gerçekleşmeyeceği kanısındadır ”. Örneğin kalabalık bir sokakta arabasını hız sınırının çok üstünde kullanan şoför, bu hareketinin zararlı sonuçlar doğurabileceğini genel olarak öngörürse de, somut durumdaki koşullara ve özellikle kendi yeteneklerine güvenerek sonucun gerçekleşmeyeceği kanısında olabilir. “ İşte bu kanı sonucun iradi olmadığını göstermektedir. Bu nedenle failin sorumlu tutulabilmesi, somut durumda dahi sonucun öngörülebilir nitelikte olmasına bağlıdır ” (27).

“ Olası kastta ise, fail asıl istediği sonucun dışındaki yan sonuçları öngörmüş olmakla birlikte, bunların gerçekleşmemesi konusundaki irade, kuvvetli bir kanı düzeyine ulaşmamıştır. Dolayısıyla sonucun iradiliği unsuru, olası kastla bilinçli taksiri birbirinden ayırmak için kullanılır ” (27).

Bilinçli taksir, “...kişinin suç oluşturacak bir eylemin gerçekleşmesini öngörmekle beraber, öngördüğü neticenin gerçekleşmeyeceğine özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde güvenmesi ve hareketi yapması ancak neticenin gerçekleşmemesi için çaba sarf etmesi ”dir. Bilinçli taksirde sonuç istenilmezken ve gerçekleşmemesi için çaba sarf edilirken, olası kastta sonuca kayıtsız kalınmakta ve gerçekleşmemesi için herhangi bir girişimde bulunulmamaktadır. Olası kastta failin amacı kendisi için o kadar önemlidir ki, fail bu hedefe ulaşma uğruna bir suçun gerçekleşmesi olasılığına katlanmakta adeta bu neticeyi kabullenmektedir (19) .

Bilinçli taksir, 765 sayılı Kanun'a 2003 senesinde girdiği için bu konuda uygulamada içtihatlar oluşmuş durumdadır. Ancak 2003 senesinden önce de Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun çeşitli içtihatlarında bilinçli taksire değinildiği görülmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 9.4.1990 tarihli kararına konu olay kısaca şöyledir: Fırında çalışan iki arkadaştan birinin ısınmak için fırına girmesi anında , diğeri şaka olsun diye fırının kapısını kapatıp düğmesine basar gibi yapmıştır. Fırındaki kişi korkudan panikle yere düşmüş ve elinden kan sıçramış, sanık kapının camında kan görünce mağdurun öldüğünü zannederek oradan kaçmıştır. Fırının içinde kalan mağdur havasızlıktan ölmüştür.

Bu olayda ilk derece mahkemesi “ Kasten adam öldürme ” suçundan hüküm kurmuş, Yargıtay Ceza Dairesi, “... sanığı tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme sebebiyet vermek suçundan sorumlu tutmak gerekir ” diyerek, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş ve ilk derece mahkemesinin kararında direnmesi üzerine dosya Genel Kurul'da görüşülmüştür. Genel Kurul, sanığın eyleminin ağır (bilinçli) taksirle adam öldürme olduğuna karar vermiştir (1990/1-60 E., 1990/108 K.) (www.kazanci.com.tr).

Kararın içeriği şöyledir: “...Sanık ilk aşamada ölenin öldüğü düşüncesi ile düştüğü psikolojik ortam içerisinde fırın kapağını açmadan kahvehaneye giderken, ölenin havasızlıktan öleceğini istememiştir. Sanığın neticeyi istememesine rağmen neticenin meydana gelmesi hali söz konusudur. Başka bir anlatımla, faili irade etmediği neticeden istisnalar dışında sorumlu tutmak olanaklı değildir. Kaldı ki taraflar arasında öldürmeyi gerektirecek bir husumet bulunmadığı gibi, açıklanan eylemi şakaya dayandığından TCY.nın 455. maddesine uyan suç oluşmuştur. Olayda cürmi kastın bulunmadığı, ağır ve yoğunlaşmış bir taksirli halin varlığı söz konusudur. ...Açıklanan nedenlerle sanığın eylemi ağır taksire dayalı TCY.nın 455. maddesine uyan suçu oluşturduğundan yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir. ” (www.kazanci.com.tr).

Kararın karşı oy gerekçesinde ise şu detaylı ve önemli açıklamalara yer verilmiştir: “...Bilinçli yahut şuurlu taksirde fail hareketin tipe uygun, hukuka aykırı bir neticeye sebep olabileceğini öngörmekte, ancak bu neticenin gerçekleşmesini istemeyip, gerçekleşmeyeceğini ummakta, buna güvenmektedir. Yani fail neticeyi öngördüğü halde, gerçekleşmeyeceğine olan güveni, gerçekleşeceği düşüncesinden güçlüdür . Bu hal taksir sayılmaktadır. Hatta "ağır taksir kasta eşittir" diyerek bunu dahi kasti suç sayanlar vardır.

Şuurlu taksirde fail zararlı neticenin gerçekleşmesi imkanını genel olarak öngörmesine rağmen, müşahhas durumda bunun meydana gelmeyeceği kanaatindedir. Bilinçli taksir; iyi düşünmemek, temkinli hareket etmemektir. Eski deyişle hiffettir. Halbuki olursa-olsun kastındaki ruh hali, hiffet değil kasttır. Fail suç sonucunu dolaylı da olsa istemiştir. Bilinçli taksirde isteme sözkonusu olmadığından kast yoktur. Halbuki gayrimuayyen kastta, meydana gelen neticenin vehametinden, ağırlığından, geliş biçiminden kastın varlığını anlamaktayız. Sanık, ölenle aynı fırında çalışan, bu fırının özelliklerini, kapısının içeriden açılmayacağını, kırılmayacağını, hava almayan bir yapıya sahip olduğunu yani kısacası içeride kalanın havasızlıktan öleceğini bilen bir kişidir. Fırının özelliklerini bilmeyen bir kişi olsa belki taksir düşünülebilir ama sanığımız biliyor öngörülüyor. Öyleyse neticeye göre kastı belirlenerek gayrimuayyen kastın varlığı kabul edilmelidir. Boğulup öleceğini öngörüyor. Kendisini olaydan sıyracağı düşüncesi ile - ölürse ölsün - diyor. Hatta yere düşünce, elinden kan sıçrayınca öldü zannetti denilse bile, gene sanığın gayrimuayyen kastla ilgili sorumluluğu değişmez. Çünkü o zaman ölmese bile boğularak, havasızlıktan öleceğini öngörüyor ve " kast neticeye göre belirlenir " kaidesi uyarınca belirlenen kastına göre neticeyi adeta istiyor. Fırında uzun zaman kapalı kalan şahıs ölecektir. Doktrinde de belirtildiği gibi bu netice kat'i olarak öngörülmektedir. Öyleyse gayrimuayyen kast sözkonusudur. Doktrinde bazı yazarlarca ağır taksir kasta eşittir kabul ediliyor. Kaldı ki buradaki daha da öte, gayrimuayyen kasıtlı olayda şuurlu taksir yoktur. Çünkü orada öngörme ama istememe, gerçekleşmeyeceğini umma vardır. Oysa burada gerçekleşmeyeceğini umma değil, tam tersine olursa olsun, ölürse olsun deme vardır. Kanaatimce Yüksek Ceza Genel Kurulunca ceza miktarından önce, hukuki tavsif nazara alınmalıdır. O zaman da bu kalıp gayrimuayyen kastla adam öldürmektir. Bu itibarla taksirden ceza verilip artırılacağına, kasttan ceza verilip TCK.nun 59. maddesi ile indirilmelidir. Mahalli mahkemece de bu uygulama doğru olarak yapıldığından hükmün onanması gerektiği kanaatiyle çoğunluğun bozma görüşüne muhalifim. ” (www.kazanci.com.tr).

Ceza Kanununa bilinçli taksir tanımının girmesinden önce, 1990 tarihinde verilmiş olan yukarıdaki detaylı karar öğretinin uygulamaya yansımasıdır. Ancak 2003 yılında Kanun'da bilinçli taksir tanımlandıktan sonra yüksek mahkeme kararları kanunun desteğinde oluşmuştur.

Konuyla ilgili 25.2.2004 tarihli bir başka kararda da Yargıtay 5. Ceza Dairesi, “ Sürücü belgesi olmayan sanığın; 282 promil alkollü olarak hızlı ve yalpa yaparak meskun mahalde araç sürerken, yanındaki tanığın da uyarmasına rağmen durmayıp yaya kaldırımı olmayan yolun kenarında yürüyen yayaya çarpıp ölümüne neden olması ve çarpmadan sonra olay yerinde durmadan yoluna devam etmesi eyleminde (...) bilinçli taksirin neden oluşmadığı açıklanmalı ve suçun işleniş biçimine göre de temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşılmalıdır. ” şeklindeki kararında, sanığın basit taksirle işlendiği kabul edilen fiilin bilinçli taksirle işlenmiş olması ihtimali üzerinde durmuştur.

Kararın detayları şöyledir: “...1- Oluş ve dosya içeriğine göre; olay günü sanığın, (Alkolmetre ile yapılan ölçüme göre) 282 promil derecesinde alkol aldıktan sonra, gece saat 00.30 sıralarında, sürücü belgesi de bulunmamasına karşın yönetimindeki minibüs ile yanında tanık Fuat bulunduğu halde süratli bir şekilde yalpa yaparak meskun mahalde seyrederken, tanık Fuat'ın sanığın bu tehlikeli davranışlarını görmesi üzerine aracı durdurması konusunda uyarmasına rağmen, aldırış etmeden yola devam ettiği, bir defa da yol dışındaki bankete çıkıp indiği, Akpınar mahallesi şehit muhtar caddesine geldiğinde, 8 metre genişlikteki, yaya kaldırımı bulunmayan yolda, zorunlu olarak yol üzerinde arka arkaya yolun sağını takiben iki kardeşi ile birlikte yürüyen Mutlu'ya, yönetimindeki araç ile çarparak ölümüne neden olduğu, çarpmadan sonra olay mahallinde durmayarak yoluna devam ettiği anlaşılmıştır. Sanığın bu açıklanan biçimdeki taksirli eyleminde, TCY.nın 45. maddesinin son fıkrasında yazılı "bilinçli taksir" in neden oluşmadığı, temyiz denetimine olanak verecek biçimde, yasal ve yeterli gerekçe gösterilerek açıklanmadan, yalnızca bilinçli taksirin oluşmadığı konusundaki soyut söylemle, sanık hakkında, TCY.nın 45. maddesinin son fıkrasının uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi, 2- Oluş ve dosya içeriğine göre; suçun işleniş biçimi, taksirin yoğunluğu, sanığın geçmişi, eylemden sonraki davranışı aleyhe olduğundan, TCY.nın 455/1. maddesinde öngörülen temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşarak ceza verilmesi gerekirken, açıklanan bu durumların sanık lehine olumlu kabul edilerek alt sınırdan temel cezanın belirlenmesi suretiyle, takdirde hata yapılması bozmayı gerektirir ” (Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2003/255 E., 2004/3464 K., 25.2.2004T.) (www.kazanci.com.tr).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 1.2.2005 tarihli kararı da aynı konuyu şu şekilde ele almıştır: “...bilinçli taksir kavramı ise TCY'nın 45. maddesine suç tarihinden sonra

08.01.2003 tarihli ve 4758 Sayılı Yasa ile eklenen son fıkra nedeniyle hukukumuzda yeni girmiş olup, anılan fıkra, "failin öngördüğü neticeyi istememesine rağmen neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır..." hükmüne yer verilmiştir. Görüleceği üzere taksirden söz edilebilmesi için neticenin öngörülebilir olması gerekli ve yeterli iken, bilinçli taksir halinde failin somut olayda ayrıca bu neticeyi öngörmüş olması da gereklidir.

Bu açıklamalar ışığında somut olayı değerlendirdiğimizde; Kan kardeş olmak amacıyla, mağdurun isteği üzerine bıçakla kan çıkacak kadar çizik atmak isterken aldığı alkolün doğurduğu kontrolsüzlükle bileğini biraz derinden kesip beş gün iş ve gücüne engel biçimde yaralanmasına neden olan sanığın etkili eyleme ilişkin sorumluluğu özensiz davranış biçiminde beliren taksire dayalıdır. Bu itibarla, yaralamanın kasten gerçekleştirildiğine ilişkin Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir ” (2004/9-213 E. 2005/3 K.) (www.kazanci.com.tr).

11.5.2005 tarihli bir başka kararda ise; eylemin, öngörülme neticenin gerçekleştirilmesi şeklindeki basit taksirle işlenmiş suç olarak tespit edilmiş olmasına rağmen, yetersiz gerekçe ile bilinçli taksirle işlenmiş suç olarak kabulünün kanuna aykırı olduğu belirtilmiştir. Karar özeti şöyledir: "...Sanığın sonucu öngörmediği kabul edildiği halde TCK.nun 45/son maddesinin uygulanmasını gerektiren bilinçli taksir olarak kabul edilebilecek nedenler karar yerinde gösterilip tartışılmadan, temel cezanın asgari had aşılıp tayininde esas alınan "sanığın taksirinin yoğunluğu ve meydana gelen sonucun ağırlığı" şeklindeki yetersiz gerekçe ile bilinçli taksir kabul edilmek suretiyle, yazılı şekilde uygulama yapılması, kanuna aykırıdır. ” (Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 2005/2498 E., 2005/2001 K. 11.5.2005T.) (www.kazanci.com.tr).

5237 sayılı Kanun’un kabul edilmesinden sonra, 26.9.2005 tarihinde verilen bir kararda da bilinçli taksir şu şekilde zikredilmiştir: "...Aşırı alkol alarak, uykusuz ve trafik kurallarını dikkate almadan araç kullanan ve karşı şeride geçerek ölümlü kazaya sebebiyet veren sanığın eyleminin bilinçli taksir suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesi, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 7.maddesi ve 5252 sayılı Türk Ceza Yasasının Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Yasanın 9.maddesi hükümleri uyarınca sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması..." (Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 2005 / 3763 E. ve 2005 / 6440 K. numaralı ve 26.9.2005 Tarihli kararı) (www.kazanci.com.tr)

Türk Ceza Kanunu'ndaki taksirle ilgili yenilikler ana hatları ile şöyledir :

1-5237 sayılı Kanun'da taksirin genel bir tanımı yapılmış ; dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizam, talimat ve emirlere riayetsizlik şeklindeki taksir sebepleri kanundan çıkarılmıştır.

765 sayılı Eski Ceza Kanunu'nun 455. ve 459. maddelerinde taksir sebepleri, “ Tedbirsizlik veya dikkatsizlik yahut meslek ve sanatta acemilik veya nizam talimat ve emirlere riayetsizlik ...” şeklinde sınırlı sayıda belirtilmiş ama genel bir tanım yapılmamıştı. 5237 sayılı Kanun'da ise taksir sebepleri ayrı ayrı belirtilmemiş ve genel bir tanımlama ile “ Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ” sonucu öngörülemeyen ve istenmeden gerçekleştirilen fiiller, taksirli fiiller olarak belirlenmiştir. Bu genel tanımlama ile mahkemelerin olayları kanundaki belli kalıplara uydurmaları gereği ortadan kalkmıştır.

2-Taksirin söz konusu olması için fiilin taksirle işlenebilen bir fiil olması gerekliliği 5237 sayılı Kanun'a yansımıştır.

5237 sayılı Kanun'un 22. maddesinin 1. fıkrasında, taksirli fiillerin cezalandırılmaları için kanunda açık hüküm bulunması gerekliliğini ifade eden, “ Taksirle işlenen fiiller kanun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır. ” şeklindeki hüküm, 765 sayılı Eski Kanun'da bulunmayan bir hükümdür (2).

3-5237 sayılı Kanun'da bilinçli taksir halindeki artırım oranı değişmiştir.

5237 sayılı Kanun'un 22. maddesinin 3. fıkrasında “ Bilinçli taksir ” tanımı yapılmış ve suçun bilinçli taksirle işlendiğinin tespiti halinde “...taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır ” şeklinde cezanın artırılma usulü belirlenmiştir. Böylelikle, 765 sayılı Eski Kanun'a göre yeni Kanunda bilinçli taksirin cezası daha ağırlaştırılmıştır. Eski Kanun'da suçta bilinçli taksir söz konusuysa ceza “...üçte bir oranında artırılır...” denilmekte idi (2) .

4-Taksirli suçlarda kusurun ölçüsünün sekizli ölçüye göre belirlenmesine neden olan madde kanundan çıkarılmıştır.

5237 sayılı Kanun'un taksirle ilgili olarak getirdiği önemli bir değişiklik de 22. maddenin 4. fıkrasında yer alan “ Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir ” hükmüdür (2) .

765 sayılı Kanun'un 45/3 ve 459/son maddelerinde taksirli suçlarla ilgili olarak “...cezalar kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirilebilir. ”

denilmekteydi. Bu hüküm nedeniyle taksirli suçlardaki kusur dereceleri uygulamada sekizli ölçüye göre tayin ediliyor ve cezalar bu kusur seviyesine göre belirleniyordu. 5237 sayılı Kanun ile bu ölçü kaldırılmıştır. Madde gerekçesinde, “ Taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluk, bir değerlendirmeye ancak olay hakim tarafından yapılabilir. Bu nedenle , taksirden dolayı kusurluluğun matematiksel olarak ifadesi mümkün değildir. Ancak normatif değerlendirmeye hakim tarafından belirlenen kusurluluk göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun cezasında belli oranda indirim yapılabilir. ” şeklinde açıklama yapılmıştır (2).

Her olayın değerlendirmesinin ancak o konuda uzman olan kişilerce yapılabileceği, hakimlerin her konuda derinlemesine bilgi sahibi olmasının imkansız olduğu bir gerçektir. Eskiden olduğu gibi yeni kanunun uygulamasında da kusurun belirlenmesi açısından, konularında uzman bilirkişilerden yardım alınabilecek, ancak kusur bilirkişilerce matematiksel olarak belirlenmeyecektir.

Kanunun uygulamasında yol gösterici olan madde gerekçesine bakacak olursak: “Taksir dolayısıyla kusurun değerlendirmesi normatif bir değerlendirmeyle mümkün olmakla birlikte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Örneğin, ölümle sonuçlanan bir ameliyat sırasında hastaya yapılan tıbbi müdahalenin tekniğine uygun olarak yapılmış olup olmadığının belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesine gerek bulunduğu muhakkaktır. Keza ölüm veya yaralama ile sonuçlanan bir trafik kazasında, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadıklarının, hangi trafik kuralının ne surette ihlal edildiğinin, trafiğe çıkarılan aracın teknik bakımdan her hangi bir arızasının olup olmadığının belirlenmesi açısından da bilirkişi incelemesi yapılabilir. Ancak bu durumlarda, bilirkişinin yapacağı inceleme, işin tekniği ile sınırlı olmalıdır. Bunun dışında bilirkişi tarafından münhasıran hakim tarafından yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmamalıdır. Aksi yöndeki tutum bilirkişilik görevinin sınırını aşmayı ve hakim yerine geçmeyi ifade eder. ” (2) .

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Yasanın 75.maddesi, “ Hekimlik icrasında meydana gelen adli olaylarda ”, mahkemelerin başka bilirkişilere başvurma serbestilerini baki tutarak; Yüksek Sağlık Şurası’ndan görüş alınması gerektiğini belirtmektedir (41).

Hakim, bilirkişilerden alınan teknik veriler çerçevesinde, somut olayda failin kusurlu olup olmadığını takdir eder. Failin kusurlu bulunması durumunda, kusurun ağırlığı ve diğer sebepleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle suçun kanuni tanımındaki cezanın alt ve üst sınırı arasında bir cezaya hükmeder.

5-5237 sayılı Kanun'da, birden fazla kişinin işlediği taksirli suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanmayacağı, herkesin kendi kusuru oranında sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır.

Yeni Kanun'daki diğer bir değişiklik taksirli suçlara iştirakin mümkün olmadığını belirleyen 22.maddenin 5.fıkrasıdır. Bu husus madde gerekçesinde, "... birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilen bir ameliyatın ölüm veya sakatlıkla sonuçlanması durumunda, ameliyata katılan kişiler müstereken hareket etmektedirler. Ancak tıbbın gereklerine aykırılık dolayısıyla ölüm veya sakatlıkla sonuçlanan bu ameliyatta işlenen taksirli suçun işlenişi açısından suça iştirak kuralları uygulanamaz. Kanunun suça iştirake ilişkin hükümleri, kasten işlenen suçlarda suçun işlenişine iştirak eden kişilerin sorumluluk statülerini belirlemektedir. Birden fazla kişinin katılımıyla yapılan ameliyat sırasında meydana gelen ölüm veya sakatlık neticeleri bakımından her bir kişinin sorumluluğu kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir. Bu tespitte diğer kişilerin kusurlu olup olmadığı hususu dikkate alınamaz. " şeklinde belirtilmiştir (2).

6-Fail, işlediği taksirli suç sonucunda artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmuşsa faile ceza verilmeyeceği, bilinçli taksir halinde de indirim yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

Taksirle ilgili son değişiklik ise, 22.maddenin son fıkrasındaki indirim maddesidir. 22.maddenin 6.fıkrası şöyledir: " Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir." (2).

Maddenin açıklaması gerekçesinde şöyle yapılmıştır: "...Söz gelimi, köylü kadınların gündelik uğraşları ve hayat zorlukları itibarıyla, sayısı çok kere üç dörtten fazlasına varan küçük çocuklarına gerekli dikkati ve itinaı gösterememeleri sonucu, çocukların yaralandıkları veya öldükleri görülmektedir. Aynı şekilde meydana gelen trafik

kazalarında da benzer olaylara rastlanmaktadır. Bu gibi hâllerde ananın taksirli suçtan dolayı kovuşturmaya uğraması ve cezaya mahkûm edilmesi, esasen suçtan dolayı evladını kaybetmesi sonucu uğradığı ızdırabı şiddetlendirmekle kalmamakta, ayrıca, ailenin tümüyle ağır derecede mağduriyete düşmesine neden olmaktadır.

Söz konusu fıkraya göre, hâkim suçlunun durumunu takdir ile ceza vermeyebilecektir. Elbette ki hâkim bu husustaki takdirini kullanırken suçlunun ekonomik durumunu, aile yükümlerini, söz gelimi diğer çocukların bakımını göz önünde bulunduracak, ona göre hüküm kuracaktır. Ancak, dikkat edilmelidir ki, bu fıkranın uygulanabilmesi için fiilden dolayı münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu itibarıyla zararlı netice meydana gelmiş bulunmalıdır; böyle bir netice ile birlikte söz konusu durumlara ilişkin bulunmayan başka bir netice de meydana gelmişse fıkra uygulanmayacaktır...” (2).

III. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç

5237 sayılı Kanun’un 21. maddesinde kast, 22. maddesinde taksir tanımlanmış ve özellikleri belirtildikten sonra, 23.maddede de “ netice sebebiyle ağırlaşmış suç ” tan bahsedilmiştir. Maddede, “ Bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir. ” denilmektedir (2). Bu maddeden yola çıkılarak , failin fiili kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermişse netice sebebiyle ağırlaşmış suç oluşur denilebilir. Failin ilk hareketinin kasıtlı ya da taksirli olması önemli değildir. Önemli olan failin oluşan netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerektiğidir.

23.maddenin komisyon gerekçesi şöyledir: “ Kişi suç teşkil eden bir fiili işlerken, kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice gerçekleşmiş olabilir. Bu gibi durumlarda netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur....yaralama fiili sonucunda kişinin öngörmediği ağır bir netice de meydana gelmiş olabilir. Örneğin, canının biraz yanması için mağdurun karın boşluğuna hafif bir biçimde vurulması halinde mağdur inhibisyon sonucu ölebilir. Bu gibi durumlarda ise fail, yaralama fiilini işlerken mağdurun ölebileceğini tahmin etmemiş olabilir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda ve hükümet

tasarısının bazı hükümlerinde, kişi gerçekleştirmeyi kastetmediği böyle neticelerden objektif olarak sorumlu tutulmaktadır .

Belirtmek gerekir ki, bu tür sorumluluk ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan “versari in re illicita”, yani hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neticelerine katlanır anlayışının ürünü olup, çağdaş ceza hukuku bu anlayışı çoktan terk etmiştir. Çünkü kusurun aranmadığı objektif sorumluluk halleri kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmektedir. Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde uzun süredir objektif sorumluluk hallerinin ceza mevzuatından çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu talebin yerine getirilmesi Anayasa’da öngörülen kusur ilkesinin zorunlu sonucudur.

Madde metnindeki düzenlemeyle, meydana gelen ağır netice açısından kişinin sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu neticeye ilişkin olarak en azından taksir dolayısıyla kusurlu bulunması gerekmektedir. Bu hükümle , meydana gelen kastedilenden başka ve ağır netice açısından sorumluluğun kusura dayalı bir sorumluluk olması sağlanmak istenmiştir.”(2).

Özetleyecek olursak, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç niteliği değişmemekte sadece ceza ağırlaşmaktadır. Netice yüzünden ağırlaşan baştaki suçun en azından taksirle işlenmesi gerekmektedir. Failin hareketi ile netice arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu genel özelliklerle birlikte suçun ağırlaşmış şekli ve cezası kanunda belirlenmiş olmalıdır.

Örneğin 5237 sayılı Kanun’un, “ Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama ” başlıklı 87. maddesi, “ Taksirle Yaralama ” başlıklı 89/2., 3. maddesi, “ İnsan Üzerinde Deney ” başlıklı 90/5. maddesi, “ Terk ” başlıklı 97/2. maddesi, “ Yardım ve Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi ” başlıklı 98/2. maddesi , “ Çocuk Düşürtme ” başlıklı 99/3., 4. maddesi gibi maddelerde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ve cezaları belirlenmiştir.

Kanun’un 99.maddesine göre, tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde rızaya dayalı olsa bile gebelik süresi on haftadan fazla süreli bir kadının çocuğunun düşürülmesi halinde, kadın bedenene ve ruhen zarar görmüşse ya da ölmüşse, çocuk düşürtme suçunun cezası arttırılır. Failin ölümü öngörmüş olması gerekmez. Burada kanunun komisyon gerekçesinde de belirtildiği üzere çocuk düşürtme suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali düzenlenmiştir. İnsan üzerinde deneyde de aynı durum söz konusu olup insan

üzerinde deney yapılırken ölüm gerçekleşmişse kasten öldürme hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak bu suçlarda failin en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir. Zira yeni Kanun'da, hiç kusuru bulunmadığı halde neticeden faili sorumlu tutan, objektif sorumluluk halleri bulunmamaktadır.

Ceza Genel Kurulu'nun 1984 yılında vermiş olduğu kararda, “ neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ” konusu ele alınmaktadır. Karar şöyledir: “...Doktrinde objektif sorumluluk hali olarak kabul edilen durumlar, kastın aşılması suretiyle işlenen suçlar, basın yoluyla işlenen suçlar ve netice sebebiyle cezanın ağırlaştığı suçlar olarak ifade olunmaktadır (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1984/1-400 E., 1985/191 K., 8.4.1985T.) (www.kazanci.com.tr).

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış olan suçlarda 5237 sayılı Kanun failin hareketi sonucunda beklediğinden ağır bir neticenin oluşması halinde, faili bu ağır neticeden sorumlu tutmak için; en azından taksirle hareket etmiş olmasını aramaktadır. 765 sayılı kanunda, failin bu ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için kastının ve taksirinin mevcudiyeti aranmamaktaydı. Yeni Kanunumuz 23.maddede, en azından taksirle hareket edilmiş olmasını aramaktadır. Kusur olmasa da sonuçtan faili sorumlu tutan objektif sorumluluk hükümleri 5237 sayılı kanunda yer almamıştır.

C. Kusurluluğa Etki Eden Haller

Kusurluluğun ortak temeli kusurlu irade olduğu için iradenin kusurlu sayılması olanağı bulunmayan hallerde sorumluluktan söz edilemez. İşte bu şekilde kusurluluğu etkileyerek ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran halleri kaza ve tesadüf, mücbir sebep, hata (yanılma), cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit olarak beş grupta toplamak mümkündür (16). Haksız tahrik halinde ise failin cezası indirilir (10).

Kusurluluğa etki eden hallerden kaza ve tesadüf, mücbir sebep Türk Ceza Kanunu'nda yer almamaktadır. Kaza ve tesadüfte çeşitli şekillerde öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan bir netice söz konusu olduğundan ve bu tip bir neticeden kimse sorumlu tutulamayacağından Ceza Kanunu'nda yer almasının gerekmediği ortak görüştür.

Mücbir sebebin kanunda yer almamasının gerekçesi ise şöyle açıklanmaktadır: Failin, karşı koyamayacağı ve önleyemeyeceği, nitelik ve nicelik bakımından iradesini zorlayan bir kuvvetin etkisi ile oluşan iradesi ve bu irade ile yaptığı bir fiil söz konusu

olduğundan ve failin bu iradesi kusurlu irade sayılamayacağından mücbir sebebin kanunda yer alması gerekmemektedir (16).

I. Kaza ve Tesadüf

Kaza ve tesadüf öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan bir neticedir. Bazı yazarlar kaza ve tesadüfün nedensellik bağıını ortadan kaldırması sebebiyle maddi unsorda etkili olduğunu ve suçun maddi unsur olmadığından oluşmadığını, bu durumda kusurluluğun araştırılmasına gerek olmadığını savunmuşlardır. Ancak bu düşünce, kaza ve tesadüfün suçun oluşmasından sonraki kusurluluğu ilgilendirdiği; bu nedenle suçun oluşmasını engellediğinin düşünülmemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir (16).

Öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan neticenin gerçekleşmesi bakımından kaza ve tesadüfte bir insan hareketinin de bulunması gereklidir, aksi halde doğa olaylarından bahsedilir (13). Deprem, yıldırım düşmesi, yılan ısırması gibi haller kaza ve tesadüf olarak nitelendirilmez. Bu olaylar daha sonra incelenecek olan mücbir sebep halinin kapsamındadır. Ancak bu tabi olaylara kaza ve tesadüf niteliği verilebilmesi için insan hareketinin iştiraki gerekir. Mesela treni yöneten makinist ışığın yanlış yansıması nedeniyle ışığı kırmızı yerine yeşil görse ve yolun açık olduğunu zannederek yoluna devam etse ve bir çarpışma olsa kaza ve tesadüf vardır (16).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.10.2004 tarihli kararında “...Netice öngörülebilir değilse, bu gibi neticeleri doğurabilecek hareketlerde bulunmaktan çekinmesi kimseden doğal olarak istenemeyeceği için, ortada kusurluluk kalmaz ve artık bir kaza veya tesadüfün bulunduğu söz edilir. ” şeklinde, olayda kaza ve tesadüf nedeniyle kusurluluğun olmadığı belirtilmiştir (2004/1-163 E., 2004/194 K.) (www.kazanci.com.tr).

Aynı nitelikteki başka bir karar, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 11.5.2004 tarihli kararıdır. Kararda, “...bu bakımdan failce neticenin öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi bakımından failin yaş, görgü, meslek vs. gibi niteliklerinin nazara alınmasını zorunlu kılar. Zira öngörülebilmenin imkansız olması durumunda taksirden değil, kaza ve tesadüflerden söz edilebilir....” şeklinde, subjektif ölçüye göre öngörülemeyen neticenin oluşması halinde, kaza ve tesadüfün olduğu ve bu nedenle olayda kusurun bulunmadığı belirtilmiştir (2004/2-97 E., 2004/115 K.) (www.kazanci.com.tr).

II. Mücbir Sebep

Faili neticeyi öngörmüş olsun veya olmasın karşı koyamadığı bir sebep dolayısıyla iradesi dışında hareket etmek zorunda kalmış ve istenmeyen netice oluşmuşsa mücbir sebebin varlığından söz edilir. Mücbir sebepte netice öngörülün veya öngörülmesin fail, iradesine aykırı olarak hareket etmek ya da hareketsiz kalmak zorundadır. Bu sebeple mücbir sebebin, daha genel olan ıztırar hali kavramının kapsamına girdiği ileri sürülmüştür (16).

Mücbir sebebi ıztırar halinden ayıran hal şudur: ıztırar (zorunluluk) halinde fail kendisini veya başkasını zarardan kurtarmak maksadıyla suç işlemeye yetkili kılınmıştır. Mücbir sebepteki gibi faili suç işlemeye zorlanma hali yoktur. Mücbir sebepte failin zararı önlemek amacıyla mecburi bir hareketi söz konusudur (13). Failin kanuna uygun biçimde hareket etme serbestisi yoktur.

Mücbir sebebin ıztırar halinden farklı olması sebebiyle mücbir sebep ıztırar hali gibi hukuka uygunluk sebebi değil, kusurluluğu ortadan kaldıran hal olarak belirlenmiştir (23). Örneğin sel felaketi sırasında insanların civardaki en yüksek eve sığınmasında konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşmaz. Çünkü, insanlar dışarıdan gelen bir kuvvet sonucu başka alternatifleri olmadığı için o eve girmişlerdir. Ancak mağduru öldürmek amacıyla kovalayan birisi olsa idi ve ondan kurtulmak için bu eve girse idi o zaman ıztırar hali söz konusu olurdu.

Zorunluluk halinde failin irade serbestisi mevcuttur, ancak fail bu serbestiyi zorunlu olarak suç işleme yönünde kullanır. Mücbir sebepte failin kanuna uygun olarak hareket etme konusundaki imkansızlığı mutlaklıdır. Bir zararı önlemek amacıyla kanunu ihlal halinde zorunluluk hali söz konusudur.

Mücbir sebebin varlığı için bulunması gereken şartlar şunlardır:

- 1-Bir kuvvet bulunmalı,
- 2-Bu kuvvet dışarıdan gelmeli,
- 3-Bu kuvvet failin karşı koyamayacağı ve önleyemeyeceği, nitelik ve nicelik bakımından failin iradesini zorlamalıdır (16).

Bu şartlarda mücbir sebep sonucu oluşan irade kusurlu irade sayılamayacağından failin mücbir sebep nedeniyle işlediği fiil de suç sayılmaz.

Mücbir sebeple kaza ve tesadüf arasındaki fark, Dönmezer - Erman'a göre psikolojiktir. Kaza ve tesadüfte fail belirli bir şekilde hareket etmeye zorlandığının psikolojik olarak farkında bile değildir. Işığın yanlış yansıması yüzünden kırmızı ışığı yeşil görerek hareketine devam eden makinist iradesine aykırı bir iş yaptığını anlamış değildir. Aksi bir düşüncesi olsa treni durdurur ve ışığı yakından incelerdi. Bu sebeple kaza ve tesadüfte mücbir sebebin aksine failin iradesini zorlama yoktur (16).

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 11.10.2004 tarihli kararında mücbir sebep konusunda Yüksek Mahkeme tarafından şu açıklamalar yapılmıştır: "...Araç sahibinin ve şoförünün sorumluluktan kurtulabilmesi için zararın mücbir sebepten ve kazazedenin veya üçüncü şahsın ağır kusurundan ileri gelmiş olması gerekir. Bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için o olayın önceden sezilemez, karşı konulamaz olması ve harici bir etkenden ileri gelmiş olması gerekir. Bu unsurları içermeyen bir olay umulmayan bir hal niteliğini taşısa dahi mücbir sebep olarak kabul edilemez. Olayımızda bir teknik arızanın bulunduğu kabul edilmiş olmakla beraber bunun önceden sezilemez ve dolayısı ile önlenemez bir nitelik taşıdığı tespit edilememiştir. Bilindiği gibi teknik arızalar çoğu kez aracın periyodik bakımının zamanında gereği gibi yapılmamış olmasından ileri gelir ki, bu da araç için bir kusur teşkil eder. Kusurun söz konusu olduğu hallerde ise mücbir sebepten bahsedilemez. Bu hususlar gözönünde bulundurulmadan karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." (2004/398 E., 2004/9577 K.) (www.kazanci.com.tr).

III. Hata

Hata gerçeğin bilinmemesi veya yeter derecede bilinmemesi ya da bildiğini zannettiği şeyler hakkında yanlış hüküm verilmesidir. Bilmemede negatif bir yön varken hatada pozitif bir yön vardır. Çünkü hata yanlış da olsa belli bir kanaatin varlığını gerektirir (16).

Hata hukuki ve fiili hata olmak üzere iki şekilde görülebilir. Hukuk kuralının mevcudiyetinde veya bunun yorumunda yapılan hata hukuki hatadır (10).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 4. maddesi " Ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağı "nı belirtmektedir. 765 sayılı Kanun'da " Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" şeklinde bütün kanunları bilmemenin mazeret oluşturamayacağı hükmü yer almaktaydı. Bu yeni düzenleme ile ceza kanunları dışındaki kanunları bilmemenin

mazeret sayılabileceği ve bu durumlarda kusurun bulunmaması sebebiyle suçun oluşmayacağı hüküm altına alınmış olmaktadır (10).

5237 sayılı Kanun'un 30.maddesinde hata konusuna yer verilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, suçun maddi unsurlarında hata; ikinci fıkrasında, suçun nitelikli hallerinde hata; üçüncü fıkrasında, ceza sorumluluğunu azaltan ve kaldıran hallerde hata; dördüncü fıkrasında, fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda hata belirlenmiştir.

5237 sayılı Kanun'un 30.maddenin 4.fıkrasında hukuki hata, “ İşlediği fiilin haksızlık olduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz. ” şeklinde belirtilmiştir (2). Hukuki hatanın sorumluluğu kaldırması için kaçınılmaz olması gerekir. İşlenen fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda düşülen hatanın kaçınılmaz olup olmadığına bakılıp, kaçınılmaz ise fail cezalandırılmayacaktır. Kaçınılmaz hata yeterli özen gösterilmesine rağmen kaçınılamayan hatadır. Bu durumda fail bilerek ve isteyerek eylemi gerçekleştirmekte ancak bu eylemin hukuken yasaklanmış olduğunu bilmemekte, hukuka uygun sanmaktadır. Haksızlık oluşturduğunun bilincinde değildir (10).

Failin fiili durumu ya da fiili durum hakkındaki bir unsuru yanlış değerlendirmesi sonucunda, gerçekleştirdiği hareketini meşru sanması halinde yapılan hata fiili hatadır (10).

Fiili hatanın ceza hukukunda kusurluluğu ortadan kaldırarak fiili suç olmaktan çıkarması için esaslı olması gerekir. “Fail hataya düşmemiş olsaydı fiil suç teşkil etmeyecekti.” denilebiliyorsa failin yanılması esaslıdır. Ancak failin yanılmada kusuru varsa sorumluluğu devam eder (16). Fiili hata suçun unsurlarına, suça etki eden ağırlaştırıcı ya da hafifletici sebeplere, hukuka uygunluk sebeplerine ve mağdura ilişkin olabilir (10).

IV. Cebir ve Şiddet

Cebir ve şiddet, başkasının maddi-fiziki güç kullanarak kişiyi arzu ve rızası hilafına hareket etmeye veya hareketsiz kalmaya zorlamasıdır (3). Örneğin, hemşirenin bir yere kapatılması ve tedavi yapmasının engellenmesi durumunda cebir ve şiddet mevcuttur.

Cebir ve şiddet 5237 sayılı kanunun 28.maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre, “ Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet (...) sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir şiddet (...) kullanan kişi suçun faili sayılır. ” (2). Cebir ve şiddetin ceza sorumluluğunu kaldırması, failin kendisi dışındaki karşı koyamayacağı ve kurtulamayacağı bir dış etki sonucu faile kendi iradesi dışında suç işletilmesidir.

Cebir halinde bir suç işlemeye zorlanan kimse başka türlü hareket etme yeteneğinden tamamiyle yoksundur. O artık hareket etmemekte aksine hareket ettirilmektedir. Burada sorumluluk cebir ve şiddete maruz kalanın değil cebir ve şiddeti uygulayanındır (16).Cebir ve şiddeti mücbir sebepten ayıran yön, mücbir sebepte faili suç işlemeye iten gücün doğa gücü olması, insan hareketi olmamasıdır (4).

Cebir ve şiddet te kişinin başka türlü hareket imkanı yoktur; ancak ıztırar halinde kişinin tehlikeli durumu göze alıp, tehlike altındaki şeyi feda edip etmeme konusunda ihtiyarı vardır.

V. Korkutma ve Tehdit

Kişinin huzurunu bozup onu korkutarak, ağır ve haksız bir zarara uğratılacağını bildirerek suç işletilmesi halinde korkutma ve tehdit söz konusudur. Kişinin irade ve karar serbestisi dışarıdan gelen manevi baskı nedeniyle ortadan kaldırılmaktadır. Kişi henüz gerçekleşmemiş fakat ileride gerçekleşeceğini düşündüğü bir zarardan kurtulmak için kendi iradesi dışında suç işlemektedir. Korkutma ve tehditte kişinin iradesi tamamıyla ortadan kalkmamış, zorlanmıştır. Tehdit sonucunda kişi korkutulmuş olur. Örneğin bir doktorun organ mafyası tarafından ölümle tehdit edilerek hukuka aykırı bir şekilde kişinin böbreğini alması.

Korkutma ve tehditte, cebirdekinin aksine kişinin bazı şeyleri göze alarak farklı şekilde hareket etmesi söz konusu olabilir. Yani iradesi tamamen ortadan kalkmış değildir. Ayrıca cebirdeki gibi maddi ve fiziki değil, manevi bir zorlama söz konusudur. Korkutma ve tehdidin kusurluluğu kaldırabilmesi için, korunulmak istenen zarar ile ihlal edilen hak arasında eşitlik bulunmalı, korunmak istenen zarar ağır ve muhakkak olmalı, tehdit edenin emrine uygun davranmadan bundan kurtulmak mümkün olmamalı ve tehdidin meydana gelmesine bilerek sebebiyet verilmemelidir (3).

Pek hafif bir zarardan korunmak için ağır bir suç işlemeyi kabul eden kişinin sorumluluğu kalkmaz ancak takdiri hafifletici neden sayılabilir.

Korkutma ve tehdit, 5237 sayılı Kanun'un 28.maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre, "...muhakkak ve ağır bir korkutma ve tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde (...) korkutma ve tehdit kullanan kişi suçun faili sayılır. ” (2).

D. Kusur Tespiti Açısından Yüksen Sağlık Şurası

Ceza yargılama usulünde de diğer yargılama usullerinde olduğu gibi, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözülmesi olanaklı olmayan konularda bilirkişi kurumuna başvurulur.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 63. maddesi gereğince ceza yargılamasında "...çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. " (2).

Ayrıca ceza yargılamasında uzman görüşü de alınabilir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 67/6.maddesi gereğince " Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. " (2).

Yüksek Sağlık Şurası doktorluk ve dalları ile ilgili davalarda bilirkişilik sıfatı olan bir kurumdur. Şuranın tek görevi hekimlikle ilgili adli meselelerde görüş bildirmek değildir. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 10.maddesinde belirtildiği üzere; Sağlık Bakanlığınca tevdi edilecek konularda oyunu ve görüşünü bildirmek, sağlık ve sosyal hizmet ve yardımlara ait kanun, nizamname ve talimatları birinci derecede tetkik etmek Şura'nın görevleri arasındadır. Günümüzde Yüksek Sağlık Şurası Sağlık Bakanlığı'nın Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne bağlı olarak çalışmaktadır.

Yüksek Sağlık Şurası'nın niteliği, görevleri, üyeleri, toplanma zaman ve şartları, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunun Üçüncü Faslında; 10.md ile 17.md arasında belirtilmiştir. 10.maddede " Tababet ve şubeleri sanatlarını ifadan mütevellit adli meselelerde itibar vazifeleriyle mütevellit olmak üzere bir Yüksek Sağlık Şurası teşkil olunmuştur " denilmektedir (41).

Sağlık Bakanlığı verilerine (www.saglik.gov.tr) göre, 2000-2004 yılları arasında Yüksek Sağlık Şurası'nda görüşülen adli dosya sayısı yıllara göre aşağıdaki gibidir:

<u>Yıllar</u>	<u>Dosya Sayısı</u>
2000	186
2001	168
2002	158
2003	200
2004	184

Görüldüğü üzere her yıl görüşülen dosya sayıları azımsanmayacak çoğunluktadır. Bu adli dosyalar, sağlık çalışanları ile ilgili olarak savcılığa yapılan şikayetlerden; savcılığın dava açılmasını uygun gördüğü dosyalardır. Yukarıdaki verilerden Yüksek Sağlık Şurası'nda görüşülen adli dosya sayısının 2003 yılında en yüksek seviyeye ulaştığı anlaşılmaktadır.

Yüksek Sağlık Şurası'na gelen tıbbi hata dosyalarının sağlık çalışanlarının uzmanlık alanlarına göre dağılımı konusunda da istatistiki çalışmalar mevcuttur. Aşağıdaki tabloda Şura'ya gelen dosyaların, uzmanlık alanlarına göre dağılımını yansıtılmıştır.

2000-2004 yılları arasında Şura'ya gelen dosyaların, uzmanlık alanlarına göre dağılımı Sağlık Bakanlığı verilerine (www.saglik.gov.tr) göre şöyledir:

	Branş	2000	2001	2002	2003	2004	Toplam
1.	Kadın Doğum	41	39	36	46	51	213
2.	Genel Cerrahi	21	21	27	40	30	139
3.	Ortopedi	19	16	9	30	16	90
4.	Çocuk Hast.	13	17	8	24	10	72
5.	Dahiliye	13	15	13	9	12	62
6.	Anestezi	10	9	4	11	8	42
7.	Nöroşirürji	6	4	9	5	6	30
8.	Kbb	6	10	2	2	8	28
9.	Nöroloji	10	6	2	1	6	25
10.	Üroloji	4	4	4	7	5	24
11.	Göz Hast.	11	1	7	1	4	24
12.	Göğüs Kalp Dam.Cer.	5	3	-	10	5	23
13.	Plastik Cerrahi	7	2	-	1	4	14
14.	Diş	-	1	3	1	2	7
15.	Psikiyatri	1	-	1	2	1	5
16.	Enfeksiyon	2	-	-	1	1	4
17.	Radyoloji	-	-	1	2	1	4
18.	Cildiye	-	-	1	1	-	2
19.	Pratisyen	43	37	45	59	54	238
20.	Ebe-Hemşire Sağ.Mem.	-	27	48	36	51	162
21.	Anstz Tkns	-	10	2	2	4	18
22.	Çocuk Cerrahisi	-	-	-	2	2	4
23.	Eczacı	-	-	-	1	-	1
24.	Diğer	29	3	7	6	2	47
25.	Toplam	241	225	229	300	283	1278

Yüksek Sağlık Şurası'na gelen dosyaların sağlık çalışanlarının uzmanlık alanına göre dağılımı da yukarıdaki tabloda gösterilmiştir. Şura'ya gelen dosyaların hepsi geldiği

yıl görüşülemediğinden; gelen dosyaların sayısı fazla, görüşülen dosyaların sayısı nispeten azdır.

Yukarıdaki tabloda belirtilen, branşa göre dağılımın irdelenmesi sonucunda, sağlık çalışanlarının hangi bölümünün daha çok adli soruşturma ile karşı karşıya kaldığı ve yıllara göre artış – azalışlar görülmektedir.

Yüksek Sağlık Şurası'na gelen adli dosyalardan sadece cerrahi olguların, Şura'ya sevk ediliş nedenleri yönünden araştırma yapılmış ve aşağıdaki sonuçlar elde edilmiştir (40). Adli dosyaların sevk müzekkerelerinde adli makamlarca sağlık çalışanına yüklenen suç nedenlerinin yüzdelik dağılımı şöyledir:

Y.S.Ş.'na Gelen Cerrahi Olguların Müzekkerelerinde İddia Edilen Hususlar

<u>Branşı dışında hasta kabulü</u>	60	%16,4
<u>Operatif komplikasyonlar</u>	53	%14,5
<u>Yetersiz operatif ve postoperatif değerlendirme</u>	52	%14,2
<u>Yetersiz preoperatif değerlendirme</u>	51	%13,9
<u>Tanı hatası</u>	34	%9,3
<u>Operatif hatalar</u>	23	%6,3
<u>Hastayı bilgilendirmeme</u>	23	%6,3
<u>Rüşvet, irtikap ve görevi kötüye kullanma</u>	19	%5,2
<u>Yetersiz operatif değerlendirme</u>	16	%4,4
<u>Anestezi hataları</u>	12	%3,3
<u>Hasta onayını almama</u>	7	%1,9
<u>Gereksiz hasta sevki</u>	6	%1,6
<u>Adli görev hataları</u>	6	%1,6
<u>Yeni bir tedavi yöntemi uygulama</u>	3	%0,8
<u>Sır saklamama</u>	1	%0,3
<u>Toplam</u>	366	%100

Yüksek Sağlık Şurası doktorluk ve dalları ile ilgili adli meselelerde bilirkişilik sıfatını haizdir. Ülkemizde hukuk uygulamasında, doktorluk ve dalları ile ilgili adli

meselerde Yüksek Sağlık Şurası başta olmak üzere; Adli Tıp Kurumu, Üniversiteler, Hakem Hastaneler, Özel Dal Hastaneleri , Uzmanlık Dernekleri vb. kurumlardan görüş istenmektedir.

Hakim, yargılama sırasında her açıdan bağımsız olmakla birlikte kendi bilgi ve eğitiminin yeterli olmadığı, özellik arz eden konular hakkında karar vermesi gerektiğinde; bu konunun uzmanlarından görüş istemekte, gerekçeli olan ve tarafsız bulduğu bilirkişi raporlarına göre karar verebilmektedir.

Bütün mahkemeler gerekli gördükleri durumlarda Yüksek Sağlık Şurasından görüş almaktadır. Örneğin , Danıştay 2. Dairesi'nin 1994 tarihli kararında, yapılan tedavinin tıbbi uygun olup olmadığının tespiti için yüksek sağlık şurasından görüş alınması gerektiği belirtilmiştir. Kararın özeti şöyledir : “ Tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme neden olmak suçunda, tedavinin tıbbi uygun olup olmadığının açıklığa kavuşturulması için yüksek sağlık şurasından da görüş alınmalıdır. Lomber disk hernisi tanısı ile ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Nöroşirürji servisine yatırılan ve 26.8.1991 günü ameliyata alınan ... adlı kişinin narkoz verme işlemi sırasında kalbinin durması, tekrar çalıştırıldıktan sonra da adı geçen bitkisel hayata girmesi ile ilgili olayda: 1 - Hastanın ameliyat öncesi tetkiklerinin sonucuna göre ameliyata hazır olup olmadığı, 2 - Hastaya narkoz verme işleminin ve kalbi durduktan sonra yapılan tedavilerin tıbbi uygun olup olmadığı hususlarının açıklığa kavuşturulması için 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 10 uncu maddesi uyarınca Yüksek Sağlık Şurasından alınacak görüşün eklenerek gönderilmesi için soruşturma dosyasının Sağlık Bakanlığına gönderilmesine, 16.12.1994 gününde oybirliği ile karar verildi. ” (1993/2401E., 1994/2200K.) (www.kazanci.com.tr).

Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 24.4.1996 tarihli kararında “...gelişen olayda sanıkların kusurlu olup olmadıkları ve varsa oranlarının tespiti, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konulardan bulunmadığı,...sanıkların sıfatları, durumları ve yetki dereceleri oluş içinde değerlendirilmek suretiyle kusurlu olup olmadıkları ve varsa derecesinin öncelikle Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınması suretiyle belirlenmesi ve sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir. ” şeklinde, tıbbi konuların hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olmayan konulardan olduğunu

ve bu konularda Şuraya başvurulması gerekliliğini belirlemiştir (1996/4493 E., 1996/4682 K.) (www.kazanci.com.tr).

Ancak Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre, Hukuk Mahkemeleri için Şura'ya başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır. İçtihatlar şöyledir:

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 14.3.1983 tarihli kararı şöyledir: "...Bütün bunlara ek olarak, esasen 1219 sayılı Yasanın 75. maddesinde, tıbbi konularda Yüksek Sağlık Şurası düşüncesinin (ceza mahkemesini) bağlayacağı belirtilmiştir. Bu durumda bu merciin düşüncesinin hukuk mahkemesini bağlayacağı da düşünülemez. Yasa hükmü bu doğrultuda olduğuna göre Usul'ün 276/II. maddesine dayanılarak Yüksek Sağlık Şurası'nın hukuk davalarında, çözümlenmesi gerekli tıbbi sorunlar için seçilmesi ve düşüncesine başvurulması zorunlu bilirkişi kurulu olduğu da kabul edilemez. " (1982/7237 E., 1983/1783 K.) (www.kazanci.com.tr).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 21.1.2002 tarihli kararı şöyledir: " ...Yüksek Sağlık Şurası, ceza mahkemeleri için kendisine başvurulması zorunlu olan bir bilirkişi durumunda ise de, hukuk mahkemelerinde resmi bilirkişi değildir. Hukuk mahkemesi, Yüksek Sağlık Şurasına başvurduğu takdirde, onun raporu ile bağlı değildir. " (2001/10959 E., 2002/ 487 K.) (www.kazanci.com.tr).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 9.4.2002 tarihli kararı şöyledir: "...Yüksek Sağlık Şurası raporları ceza mahkemeleri yönünden bağlayıcıdır ancak, hukuk hakimi yönünden bağlayıcı olacaklarına ilişkin yasal bir düzenleme mevcut değildir. Eksik ve gerekçesiz Sağlık Şurası raporuna göre hüküm kurulması hatalıdır. " (2002/1376 E., 2002/3840 K.) (www.kazanci.com.tr).

İçtihatlarda belirtildiği üzere Şura'ya başvurma zorunluluğu ceza mahkemeleri için vardır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 8.6.2004 tarihli kararının özeti şöyledir: " SSK Hastanesi hekimi olan sanığın doğum tarihini tamamlayan bebeği, zamanında almayarak ölü doğuma yol açıp açmadığı hususundaki kusurunun bulunup bulunmadığının Yüksek Sağlık Şurası'ndan görüş alınarak araştırılması gerekir. " (2003/9165E. 2004/7226K.) (www.kazanci.com.tr).

Yüksek Sağlık Şurası'ndan görüş sorulması kanunda belirtilmiş olmakla birlikte, bazen Şura kararlarına itibar edilmemesi söz konusu olabilir. Aşağıdaki kararda da belirtildiği üzere; maddi öğeye uymayan değerlendirme, gerekçesiz ya da yetersiz gerekçe

ile yazılmış raporlar ceza mahkemesi hakimince de dikkate alınmayabilir ve başka bilirkişilerden görüş sorulabilir.

Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 17.2. 2004 tarihli kararının özeti şöyledir: “ Davanın öncelikli bilirkişisi Mahkeme Kurulu olup, YSS. kararı da bilir kişi raporu niteliğinde olduğundan bunun değerlendirilmesi ve gerekirse Adli Tıp Kurumu Başkanlığından da görüş sorulup, buna göre gereğinin takdiri de mahkemeye aittir. Somut olayda, normal doğum için bekletme ve sonrasında yapılan sezaryenle sanıkların herhangi bir ilişkisinin açıklanmadığı YSS. raporundaki maddi öğeye uymayan değerlendirme esas alınarak hüküm verilemeyeceği gözetilmelidir. ” (2002/24001 E., 2004/1381 K.) (www.kazanci.com.tr) .

Bazı doktorlukla ilgili olaylarda, çekişmesiz olarak tespit edilmiş bir olgu nedeniyle kusur isnadı yapılabiliriyorsa Yüksek Sağlık Şurası'ndan görüş alınmasının dahi gerekli olmadığına karar verilmiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 14.3.1983 tarihli kararına konu olayda, doktorun hastanın ameliyat yerinde gazlı bez unutması ihmali hareketi sebebiyle hastanın ikinci kez ameliyat olmak zorunda kalması sözkonusudur. Kararda davacının “...Numune Hastanesi'nde tıbbi zorunlulukla ikinci defa ameliyat olduğunda, ilk ameliyat işleminde vücudunda (2) metre uzunluğunda gazlı tampon unutulduğunun, bezin alınması ile tespit edildiği, ancak bundan sonra sağlığına kavuştuğu ...” olayda, Yüksek Mahkeme “...gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, doktorun kusurlu olup olmadığının bilirkişiye incelettirilmesine ihtiyaç duyulmamalıdır. ” şeklinde karar vermiştir (E. 1982/7237 , K. 1983/1783) (www.kazanci.com.tr).

2.BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALELERİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN SUÇUN UNSURLARI ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

I. Genel Bilgiler

Dönmezer'in aktardığına göre, “ Fransa’da uzun süre hekimlerin fiillerinden dolayı sorumlu olmadıkları esası kabul edilmiştir. 1835 yılında Fransız Yargıtayı Hukuk Dairesinin verdiği bir karardan sonra , karakteristik bir hata işleyen (ilmin o günkü verilerine aykırı hareket eden) hekimin, bundan dolayı sorumlu olduğu esası kabul edilmiştir. ”(17).

“ Tıbbi müdahale ” kavramının sözlük anlamını, kelimelerin ayrı ayrı anlamlarından yola çıkarak şöyle ortaya koymak mümkündür:

“ Tıbbi: Tıpla ilgili ,hekimlikle ilgili. ” , “ Tıp: Hastalıkları iyileştirmek,hafifletmek veya önlemek amacıyla başvuru teknik ve bilimsel çalışmaların tümü, hekimlik, tababet. ” , “ Müdahale: Karışma ,araya girme, el atma. ” (www.tdk.gov.tr.)

Bu şekliyle tıbbi müdahale, “ Hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla yapılan teknik ve bilimsel çalışmalar yoluyla vücut bütünlüğüne el atma, araya girme. ” şeklinde tanımlanabilir.

Tıbbi müdahalenin sözlük anlamından, sadece tedavi amaçlı olmadığı; hastalıkları sadece iyileştirmek değil, önlemek ve hafifletmek amaçlı da olabileceği; teknik ve bilimsel çalışma yapma ehliyetinde olanlar tarafından, tekniğe, bilime uygun olarak yapılması gerektiği çıkarılabilir. Tıbbi müdahalenin mutlaka tedaviye yönelik olması gerekmez. Hastalıktan korunmaya yönelik olan aşı veya gebelik gibi istenmeyen durumlardan korunmaya yönelik olan doğum kontrolü yöntemleri (rahim içi alet takılması vb. fiiller) de tıbbi müdahaledir. Kan alma işleminden en tehlikeli ameliyatlara, nüfus planlaması faaliyetlerinden hastaya diyet önermeye kadar her faaliyet bilimsel ve tıbbi şekilde yapılması, vücut bütünlüğüne doğrudan ya da dolaylı etki etmesi kaydıyla “tıbbi müdahale”dir denilebilir.

Tıbbi müdahale deyince akıllara hemen ameliyat gelmektedir.Oysa ki ameliyat bir tıbbi müdahale türü olan cerrahi müdahaledir. Üstelik tıbbi müdahale için mutlaka deri

bütünlüğünün neşterle bozulması gerekmemektedir. Dışarıdan, vücut (ruh ve beden) bütünlüğüne yönelik olarak ehliyetli kişilerin yaptığı bilimsel uygulamalar (ağızdan ilaç verilmesi, terapi yapılması vb.) tıbbi müdahaledir.

Doktrinde bu fiillere; “ Tıbbi Yardım Ve El Atmalar ” (4), “ Tıbbi Girişim ” (26), “ Tıbbi Uygulama ” (40), “ Tıbbi Faaliyetler ” (8), “ Hekimlerin Mesleki Faaliyetleri ” (23), “ Teşhis Tedavi Edimi ” (35) gibi isimler verilmekle birlikte; bu fiiller çoğunluk tarafından “ Tıbbi Müdahale ” (16,3,10,13,6,9,11,21,27,36,37,39,48) olarak isimlendirilirler.

Çoğunluğun tıbbi müdahale olarak isimlendirdiği bu faaliyetlerin hukuk doktrinindeki kapsamlı tanımı, Çakmut’a ait olan şu tanımdır: “ Tıbbi müdahale, kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak yada nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp bilimince genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir .” (11) .

Tıbbi müdahale konusuna tıp doktrininden bir yaklaşım da şöyledir: “ Hekimin, bireyin sağlığının korunması, hastalıkların tanısı ve sağaltımında yaptığı her müdahalenin etik ve hukuk tarafından ‘Tıbbi Müdahale’ olarak kabulü gerekir. Tıbbi müdahaleden bahsedilebilmesi için, yapılan girişimin hastanın onamı ile hekim tarafından, tanı, sağaltım ya da iyileştirme amacı ile Hipokrates’in “ Önce zarar verme ” ilkesi doğrultusunda yapılmış olması gerekecektir. ” (30) .

Sağlık çalışanlarının sağlığın koruması, hastalıkların teşhisi, tedavisi vb. amaçlarla gerçekleştirdikleri tıbbi müdahaleler suç oluşturmamaktadır. Tıbbi müdahale fiillerinin suç olmamasının sebebi, suçun unsurlarının gerçekleşmemesi olarak belirlenmiştir. Ancak bu konuda öğretilerde birçok görüş ileri sürülmüştür. Müellifler gerçekleşmeyen unsurun ne olduğu konusunda farklı farklı görüşler sergilemişlerdir.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu konusunda çoğunluk görüşü; “ Tıbbi müdahalelerin, ‘ Hukuka aykırılık unsuru’nun gerçekleşmemesi sebebiyle hukuka uygun olduğu ” şeklindedir. Hukuka uygunluk sebeplerinden de “ Hakkın icrası ” sebebiyle tıbbi

müdahalelerin hukuka uygun olduğunu savunan müellifler çoğunluktadır (16,27,36,8,13,10,3,24).

Ancak son yıllarda tıbbi müdahalelerin “ İzin verilen risk ” dolayısıyla hukuka uygun olduğu görüşü de öğretilerde yandaş bulmaktadır (27,28,45) . Bunun sebebi, tıbbi müdahalelerin niteliği gereği tehlikeli işlemler olduğu ve uygulayıcının her şeyi usulüne uygun yapması halinde bile anlaşılamayan, bilinmeyen bir sebeple sonucun beklenenden farklı olabilmesi ihtimalinin olmasıdır. Ayrıca öğretilerde, tıp bilimindeki gelişmenin devam etmesi için, tıp bilimini uygulayan sağlık çalışanlarının çalışmalarını sürdürebilmesi için tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu konusunda daha geniş bir çerçeve çizmenin uygun olacağı düşünülmektedir.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu suçun unsurları açısından ele alan görüşler ve ayrıntıları şöyledir:

II. Tıbbi Müdahalelerde Kanuni Unsurun Gerçekleşmediği Görüşü

Yukarıda açıklandığı gibi; kanunilik unsuru, suç niteliğindeki fiilin kanunda tanımlanmış olması anlamına gelir. Bir suçun varlığından söz edilebilmesi için yazılı bir düzenleme gereklidir.

Tıbbi faaliyetlerde, “ Yapılan fiilin kanunda tanımlanmış haline uygun olması ” (8) şeklinde belirtilen kanuni unsurun bulunmaması sebebiyle, bu faaliyetlerin suç sayılmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunanların bir kısmına göre, kasten müessir fiil ve adam öldürme suçlarının meydana gelmesi için gerekli olan husus, vücut veya sağlığa zarar verebilecek nitelikte bir hareketin yapılmış olmasıdır. Oysa şifa vermek amacıyla ve tıp biliminin kuralları çerçevesi içinde yapılan hareket hastada bir zarar değil fayda meydana getirmektedir (16). Doktor tıp sanatını hastalar üzerinde tedavi etmek amacıyla uygulamaktadır. Bu amaçla yapıldığı içindir ki, kişinin yasalarca korunan beden bütünlüğü bozulsan bile tıbbi el atma ve yardım hukuken korunmaktadır (4).

Bayraktarın aktardığına göre; Grisigni kanuniliği neticeye göre saptamıştır. Bu görüşe göre, “ Tıbbi müdahale başarı ile sonuçlandığı takdirde fiil tipik (kanundaki şekle uygun) değildir. Başarısızlık halinde suç kanuni tanıma uygun olarak meydana gelecektir.” Bu görüşü eleştirenlerden Nuvolene’ye göre, “ Müdahalenin iyi veya kötü sonuçlanması itibari bir olaydır, fiilin meşruluğu ve gayri meşruluğu ile ilgisi yoktur. ” (8).

Özek e göre, “ Müdahalenin sonucunun zarar verici olması halinde fiili suç saymak neticeyi tesadüflere bırakmak anlamına gelir. Hukuki neticeler ise, böyle tesadüfi şartlara bağlı tutulamazlar. ” (36).

Dönmezer-Erman’a göre, “ Tıbbi müdahalede tipe uygun hareket mevcuttur, zira kanun adam öldürmeyi veya müessir fiili suç haline getirirken , tıbbi müdahaleleri açıkça istisna eylemiş değildir. Ancak, doktorun yaptığı müdahalenin zarar verici nitelikte olmadığını a priori iddia etmeye imkan yoktur. Bu ancak müdahalenin sonucuna göre belirlenebilir. Tıbbi müdahalenin sonucu ise fiile tamamıyla yabancıdır. Yapılan müdahale hukuka uygunsa, tamamıyla tesadüfi nitelik taşıyan sonuca bakarak fiili hukuka aykırı saymak doğru olmaz. ” (16).

Bayraktar’a göre ise “ Hekimin hastayı iyileştirmek amacıyla da olsa, gerçekleştirdiği fiiller kanundaki tanıma uygun oldukları an kanunilik unsuru meydana gelmektedir. Özellikle cerrahi müdahalelerin ilk safhasında, bunların neticeleri ne olursa olsun, müessir fiil suçunun kanunilik unsuru gerçekleşmektedir. Hekimin yaptığı fiilde, hareket veya neticede mutlaka kişi üzerinde bir zarar meydana gelmektedir. Ayrıca yapılan fiilin hasta üzerinde zarar doğurup doğurmamasına dayanmak kanunilik unsuru ile maddi unsuru birleştirmek anlamını da taşımaktadır. Oysa bilindiği gibi suçun umumi unsurları nazariyesinde bu iki unsur birbirinden farklıdır. ” (8).

Sonuç olarak; doktrinde çoğunluk, tıbbi müdahaleler sonucunda oluşan müessir fiil adam öldürme vb. neticelerde kanunilik unsurunun oluştuğunu düşünmektedir. Suçun tıbbi müdahale nedeniyle veya iyi bir amaçla işlenmiş olması önemli değildir. Müdahalenin sonucunun olumlu ya da olumsuz olmasına göre kanunilik unsurunun oluşup oluşmadığını söylemek te mümkün gözükmemektedir. Bu nedenlerle, tıbbi müdahaleler sonucu suç oluşması halinde, kanunilik unsurunun gerçekleştiği yönünde görüş birliği olduğunu söylemek mümkündür.

III. Tıbbi Müdahalelerde Maddi Unsurun Gerçekleşmediği Görüşü

Bayraktar’ın aktardığına göre, “ Tıbbi müdahale fiillerinin kanunda belirtilen suç tanımlarına (hareket-netice-illiyet bağı) uymadığını savunan Saint-Hilaire’ye göre, tıbbi müdahale ve tedavilerde bir zarar (netice) meydana gelmemektedir. Şöyle ki; kişinin sağlığı bir bütündür, hasta üzerinde hekimin meydana getirdiği hareketler, tabidir ki ilk anlarda bir zarar meydana getirir. Fakat zamanla tedavinin etkisini göstermesi üzerine

hasta sağlığına kavuşur ve sonuçta zarardan söz edilebilme imkanı kalmaz. Zararın meydana gelmemesi maddi unsurun bulunmayışı sonucunu doğurmakta ve böylece suç meydana gelmemektedir. ” (8).

Bu görüş Bayraktar, Dönmezer-Erman tarafından şu şekilde eleştirilmiştir:

Tıbbi faaliyetlerde, maddi unsurun yokluğu sebebiyle suçun gerçekleşmediğini ileri sürmek mümkün değildir. Suçta bir fiilin bulunması maddi unsurun meydana gelmesi için yeterlidir. Zarar, kanunda gösterilmedikçe, suçun bir unsuru değildir. Özellikle cerrahi müdahalelerde sonuçta hasta iyileşse dahi bir süre için zarar gerçekleşmektedir (16).

Cecchi’ye göre , “ Meşru ve hukuka uygun bir davranıştan meydana gelen bütün zararların cezalandırılmaması gerekir. Bu fiillerde hareketin hukuka uygun olması neticenin de hukuka uygun olmasını sağlamaktadır. Böylece hareket ile netice arasındaki bağ hukuken önem taşımamaktadır. ” Bu görüş de, “ Hukuka uygun olarak başlayan bir harekette sınır aşılabilir ve bu durumda netice suç şeklinde belirebilir. ” şeklinde eleştirilmiştir (8).

Sonuç olarak; doktrinin, tıbbi müdahalelerde suçun maddi unsurunun da gerçekleştiği yönünde görüş birliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim, tıbbi müdahale sonucunda hastanın vücut (ruh ve beden) bütünlüğünü etkileyen bir hareket, bu hareketin olumlu ya da olumsuz sonucu ve bu hareketle sonuç arasında nedensellik bağı olması dolayısıyla suçun maddi unsuru gerçekleşmektedir. Suçta aktif bir fiilin bulunması şart olmadığı gibi yapılması gereken eylemin ihmal edilmesi bile maddi unsurun meydana gelmesi için yeterlidir. Üstelik hareket sonucunda mutlaka zararın oluşması gerekmekte, tehlikenin varlığı sonucunu doğuran ya da teşebbüs aşamasında kalan fiiller de suç oluşması için yeterli kabul edilmektedir.

IV. Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Aykırılık Unsurun Gerçekleşmediği Görüşü

Tıbbi müdahalelerde hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmediği görüşü doktrinde değişik açılardan ele alınmıştır.

1. Üstün Menfaat Görüşü

Dönmezer-Erman tarafından da “ stn yarar görüşü ” (16) olarak adlandırılan bu görüşü savunanlara (Dönmezer’in aktardığına göre Almanya’da Wein ve Mezger’e) göre, tıbbi müdahaleler konusunda iki yarar çakışmaktadır. Bunlardan birincisi, müdahaleye tabi

tutulan şahsın; ikincisi, toplumun yararındır (16,36,8). Hangi yararın üstün tutulacağı konusu da tartışmalıdır.

Ataay’a göre, müdahaleye tabi tutulacak şahıs iradesini açıklayabilecek durumda olduğu halde müdahaleye onay vermemişse bile “...toplumun sağlığını veya onay vermeyen kişinin yaşamını veya sağlığını kesin olarak tehdit eden bir tehlike mevcut bulunduğu takdirde, üstün sayılan menfaatler göz önünde bulundurularak, müdahalenin -onay bulunmamasına rağmen- kişilik haklarına aykırı düşmediği sonucuna ulaşılmalıdır.” (5).

Anayasa ve kanunlar, toplumun menfaatinin üstün tutulduğu hallerde kişinin rızası aranmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabileceğini belirtmektedir. Anayasa’nın 17. maddesindeki, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı kuralının istisnasını teşkil eden, “ Tıbbi zorunluluklar ”a örnek olarak, mecburi aşılar (5), bulaşıcı hastalıklardan korunma, yayılmalarını önleme ve tedavi etme amaçlı müdahaleler, akıl hastalığı gibi toplumun güvenliğini tehlikeye sokabilecek durumlardaki müdahaleler verilebilir.

Toplum menfaatinin üstün olduğu mecburi tıbbi müdahaleler dışında, kişinin menfaatini üstün tutmak gerekir. Bu durumlarda, kişi tıbbi müdahaleye rıza gösterirse müdahale suç teşkil etmez. Yani bu durumda tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren kişinin rızasıdır, üstün menfaat değil (36) .

Bu görüşe göre, toplum menfaatinin bulunmadığı hallerdeki tıbbi müdahalelerde, hukuka aykırılık her zaman var olacak ve bu hukuka aykırılık ancak hastanın rızası ile giderilebilecektir. Bu durumda da üstün menfaat sebebi başlı başına ayrı ve bağımsız bir hukuka uygunluk sebebi niteliği taşımayacaktır (16).

Üstelik rızanın aranmadığı hallerde de müdahale yapabilme imkanı mevcuttur (36). Örneğin, mağdurun rızasını beyan edemeyeceği olağanüstü hallerde de tıbbi açıdan müdahale zorunlu ise müdahalede bulunulabilir. Bu durumda da faile ceza verilmez. Kendinde olmayan kazazedenin, hayati tehlikesi nedeniyle rızası alınmaksızın ameliyata alınması halinde, ameliyat yapan doktorun suç işlediğinden bahsedilemez; çünkü, hayati tehlike nedeniyle müdahale zorunluluğu söz konusudur. Bu sebeple de tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun, sadece toplum menfaatini üstün tutan, üstün menfaat görüşü ile açıklanması mümkün değildir.

Bayraktar ise bu konuda, Dönmezer - Erman ve Özek'e katılmakta ve şu düşünceleri eklemektedir. “ Toplum menfaatinin ağır bastığı tıbbi müdahaleler şeklindeki bir görüş ve ayırım hekimin fiillerinin dayanağını inkar anlamını da taşımaktadır. Zorunlu aşı ve tedavilerde toplum yaşayışının yararı olduğu gibi toplumu meydana getiren bireylerin ve bizzat hastanın büyük menfaati vardır. Tıbbi müdahalelerde iki ayrı menfaat değil tek bir menfaat, hastanın menfaati bulunmaktadır. ”(8).

Sonuç olarak; tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun sebebini üstün yarar görüşü ile açıklamak mümkün değildir. Sadece toplumun menfaatinin üstün tutulduğu hallerde yapılan zorunlu müdahaleler, bu görüşe göre hukuka uygun sayılacaktır. Zira üstün yararın ne olduğu konusunda netlik olmamakla birlikte, hastanın menfaati üstün menfaat sayılsa bile ayrıca olağan durumlarda hastanın rızasının da gerekmesi ve rızası dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaması sebepleri ile üstün menfaat görüşü başlıbaşına hukuka uygunluk sebebi niteliği taşımamaktadır.

2. Fiilin Toplumsal Uygunluğu Görüşü

Bayraktarın aktardığına göre, “ Von Liszt tıbbi müdahaleleri insan topluluğunun ilkeleri ve devletin kurduğu hukuk düzeninin amaçları bağdaştığı için hukuka uygun bulmaktadır. Devletin sağlık faaliyetlerini yürütmek için özel kurum ve tesisler kurması sağlığın korunması ve yerleştirilmesi amacını tanıdığını ve desteklediğini göstermektedir. Bu amaç için tıp biliminin kurallarına uygun olarak yapılan teşhis , tedavi fiilleri, bilimsel amaçlı fiiller, müessir fiil , cebir vb. fiiller hukuka uygundur. ” (8) .

Sonuç olarak bu görüş, toplumun gelişmesi amacıyla yapılan her türlü tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi , tıbbi faaliyetlerin toplumun gelişmesi için araç olarak kullanılmasını düşündüren kişi yönünden çok tehlikeli bir temele dayanmaktadır. Bu nedenle doktrinde genel olarak kabul edilmemektedir (8).

3. Fiilin Ahlak Kurallarına, Örf Ve Adete Uygun Olduğu Görüşü

Ahlak kurallarına uygunluk

Bu görüşü savunan yazarlar (Schenker) hastaları iyileştirme ve sağlığına kavuşturma gibi hareketler ahlaki değer taşımakta ve bu ahlaka uygunluk bazen suç niteliğine bürünen hekimin fiillerini hukuka uygun hale getirmektedir (8).Bu görüş Özek tarafından, ahlaka uygun kuralların neler olduğunun ve bu belirlemenin kime ve neye göre yapılacağının belirli olmaması nedeniyle eleştirilmiştir (36).

Bayraktar tarafından da bu görüş şu şekilde eleştirilmiştir:

Ahlak kuralları o kadar çok ve çeşitlidir ki bunlar bazı durumlarda hekimin hareket serbestisini kısıtlayabilirler. Örneğin cinsiyet değişikliği ameliyatları ahlaki inanışlarla çatışmaktadır. Ancak Bayraktar, Özek'in görüşüne de “ Gerçekte ahlaki kuralların saptanması güç değildir, çünkü bunlar davranış kuralları olduğuna göre toplum yaşayışında bilinmektedir ve değerlendirmeyi de bizzat karar verme mevkiinde bulunan yargıç yapacaktır. ” şeklinde bir ifadeyle katılmadığını belirtmiştir (8).

Dönmezer – Erman ise, ahlak kuralları ve örf adeti ceza hukukunun dolayısıyla kaynakları olarak (15) belirlemiş ve ahlak kurallarına uygunluk görüşünü, kanuni unsurun yokluğu nedeniyle hukuka uygunluk bahsinde incelemiştir. Ahlak kurallarına uygun bir hareket kanunun yasaklamak istediği bir hareket değildir. Bu sebeple ahlaki ve sosyal gereklere uygun tıbbi müdahale hukuka uygundur.

Örf ve adete uygunluğu görüşü

Bayraktarın aktardığına göre, Oppenheim tarafından ileri sürülmüş olan bu görüşe göre, tıbbi müdahaleler çok eskiden beri süregelen bir şekilde gelenek hukukuna uygun olarak yapılmaktaydı. Bunların haklılığını belirlemek için hayata yabancı düşüncelere gitmeye lüzum yoktur. Böylece hekimlerin sorumsuzluğu gelenek hukukuna dayanmaktadır. Bu sayede hekimler hastalarının menfaatlerine olarak onlara müessir fiilde bulunabilir. Bu durumda gelenek tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk sebebi olmaktadır. Bu görüşe karşı, geleneğin kamu düzenini sağlayan ceza kurallarının ihlalini hukuka uygun hale getirecek kuvvette olmadığı yönündeki eleştiriler ileri sürülmüştür (8).

Bayraktar bu görüşü eleştirmiş ve alışlagelmiş geleneksel müdahale usulleri dışındaki, yeni tıbbi müdahale usullerinin bu görüşe göre hukuka uygun olmayacağını belirtmiştir. Ancak örf adetin ceza hukukunda dolayısıyla kaynak olduğunu ve yürürlük kazanabilmesi için kanunda örf adete atıf yapılması gerektiğini belirterek; bu görüşün tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu açıklamada yardımcı olduğunu, tıp biliminde yerleşmiş kurallara, örf adete göre hekimlerin uygulama yaptıklarını savunmuştur(8).

Sonuç olarak; tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun sebebini fiilin ahlak kurallarına, örf ve adete uygun olduğu görüşü ile açıklamak mümkün gözükmemektedir.

4. Fiilin İlgilinin Rızası Sebebiyle Hukuka Uygun Oluşu

Hekimin hasta üzerinde yaptığı tıbbi müdahalelerin hastanın rızası sebebiyle suç olmadığı görüşü ileri sürülmüştür.

“ Vücuda yapılan müdahale ve saldırılar sadece ceza hukuku açısından suç teşkil etmekle kalmayıp, aynı zamanda medeni hukuk açısından da kişilik haklarına saldırı teşkil eder. Bununla beraber vücuda yapılan her müdahale mutlak olarak kişilik haklarına aykırı değildir. Nitekim , adab ve ahlaka aykırı bulunmamak kaydıyla bu konuda verilen onay (muvafakat) müdahalenin kişilik haklarına aykırılık teşkil etmesini önler. ” (5).

Toplumsal zorunluluk, acil müdahale gibi zaruret halleri dışında, rıza olmaksızın yapılan cerrahi müdahale ile adi bir bıçaklama fiili arasında, vücut bütünlüğünü ihlal etme açısından fark görünmemektedir (9). Her ikisi de Anayasal haklardan olan “ Vücut bütünlüğüne dokunulamaması hakkı ”nın (Anayasa md.17/ c-1. “ Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. ”) ihlali niteliğindeki müessir fiildir.

Ataay’a göre “ Bazı hallerde onay bulunmasa dahi vücuda yapılan müdahale kişilik haklarına aykırı düşmez. Burada önemli olan, müdahalenin yapılmasında toplumun yararının bulunup bulunmamasıdır. ”(5).

Ancak, rıza olmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının alınamamasının sebebi; hayatının tehlikede olduğu bir aşamada iradesini beyan edebilecek durumda olmaması veya salgın, bulaşıcı hastalıklar gibi toplum sağlığını tehdit eden hallerin varlığı olabilir. Toplum sağlığını değil de şahsın sağlığını tehdit eden hallerde bile, kişinin ölümden veya hastalıktan kurtarılmasında toplumun yararı olduğundan dolayı, iradesini açıklayamayacak durumda bulunan kişinin sağlığı için zorunlu tıbbi müdahalede bulunulması onun kişilik haklarını zedelemeyiz (5).

Ayrıca rıza olmamasına rağmen müdahaleyi zorunlu kılan bir kanuni düzenlemenin varlığı da rıza dışı müdahaleyi suç olmaktan çıkarır. Anayasa’nın 17.maddesi başta olmak üzere birçok düzenleme hastanın rızasını, vücut bütünlüğüne dokunulamaması kuralının istisnası olarak belirlemiştir. Anayasa’nın 17. maddesinin 2.cümlesi şöyledir “ Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. ”(www.uyap.adalet.gov.tr).

5237 sayılı Kanun'un "İlgilinin Rızası" başlığını içeren 26.maddesinde " Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez ." denilmektedir. Maddede "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere" şeklinde bir sınırlama getirilmesinin sebebi, yaşam hakkının vazgeçilmez ve üzerinde tasarruf edilemez bir değer oluşudur. " Yaşam kişinin maddi bedensel değerlerinin en önemlisidir. Her kişi yaşamını sürdürme konusunda hak sahibidir. Başkaları onun yaşamını sona erdirmeye hakkına sahip olmadığı gibi, kişi kendisi de yaşamından vazgeçemez ve öldürülmesine razı olamaz.bu niteliğiyle yaşam hakkı, kişilik hakkının yaşam üzerindeki bir yansımasıdır. " (48). Ancak " Bizzat kendi kendinin hayatını yok etmek, yani intihar Türk Kanunlarına göre suç değildir. " (17).

Ülkemiz Anayasası ve kanunlarına göre, öldürülmeyi isteyen hastanın rızasının olduğunun kabulü mümkün değildir. " İyileşme olanağı bulunmayan hastaları, dayanılmaz ve sürekli acılardan kurtarmak üzere rızasıyla öldürmek ya da ölmesini kolaylaştırıcı, çabuklaştırıcı yöntemler uygulamak " demek olan " Ötenazi (Euthanasie) " kişilik haklarına saldırı niteliği taşır (48).

Ötenazinin iki çeşit olduğu kabul edilmektedir:

Aktif ötenazi (hayatı kısaltacak veya hayata son verecek maddelerin hastanın acı ve ızdıraplarını tümünden gidermek üzere bilerek kullanılması) ve pasif ötenazi (hastanın yaşamını sürdürücü tedaviyi reddi) . Hollanda dışında, Batı hukukunda her iki çeşit ötenazi de adam öldürme sayılmaktadır. Hollanda'da ötenazi kanuni bir uygulamadır. Hatta Hollanda'da hekimin, hastasının isteğine uyarak ölümü sağlamasının görevi olduğu bile ifade edilmektedir (17).

Türk Ceza Kanununda ötenazi konusunda özel bir hüküm yoktur. Ancak, 08.12.2001 tarihinde yürürlüğe giren, 4721 numaralı Türk Medeni Kanunu'nun " Kişiliğin Korunması " başlıklı bölümünün 23.maddesinde ki " Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırmaz. 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."(7) hükmü çerçevesinde kişinin öldürülmesine rıza göstermesine ilişkin

sözleşmeler hukuka aykırıdır ve geçersizdir. Hangi nedene dayanırsa dayansın, bir kişinin kendi rızasıyla öldürülmesi onaylanamaz (48).

Mağdurun rızası ya da ilgilin rızası konusu tıbbi müdahaleler açısından ayrı bir öneme sahiptir. Mevzuatımızda bir çok düzenlemede bu konuya yer verilmiştir. Anayasa başta olmak üzere “ Vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ” kuralının istisnasını teşkil eden “ Tıbbi müdahalelere rıza ” konusunun düzenlendiği bazı mevzuat şunlardır:

1982 Anayasası md.17,

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun md.70,

4721 sayılı Türk Medeni Kanun md.24,

Organ ve Doku Alınması Saklanması Nakli Hakkında Kanun’un md.6,

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun md.6,

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Tüzüğü md.13,

01.08.1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği’nin Beşinci Bölümü (md. 24 -31)

(41).

İlgilinin rızası konusu çeşitli müelliflerce şu şekillerde incelenmiştir:

Bayraktar tıbbi müdahalelerin rıza ile hukuka uygun hale gelmesi konusunu üç açıdan incelemiştir:

Kamu düzeni açısından, kişinin kişilik hakları ve kendi menfaatleri konusunda bilerek, isteyerek yaptığı tasarruflar başkalarının tasarruf alanına tecavüz teşkil etmediği için kamu düzenini bozmaz.

Kişi özgürlüğü açısından, tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer fiiller kişinin sağlığını vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği için, bunlara karar verme yetkisi hekime değil müdahalelere maruz kalacak kişiye aittir. Ancak bu rızanın geçerli olabilmesi için; kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkilerini bilmesi, bu konuda aydınlatılmış olması gerekmektedir. Ayrıca aydınlatılmış olduğu haldeki iradesini bildirirken de baskı ve tesir altında olmamalı , serbest bir irade ile rızasını açıklamalıdır. Bu şekilde geçerli bir rıza ile yapılan tıbbi müdahaleler kişi özgürlüğüne zarar vermediğinden hukuka uygundur (8).

Hastanın irade beyanında bulunamayacak durumda olduğu hallerde yapılan müdahalenin hukuka uygunluğu ise “ Farzedilen irade ” teorisiyle açıklanmaya çalışılmıştır. Farzedilen irade teorisine göre, hastanın yararına olan müdahale hayatını

kurtarmak amacıyla hastanın iradesi var kabul edilerek “ Hasta bu durumu bilse idi mutlaka izin verirdi ” diye düşünülerek yapılır.

Özel hukuk açısından, üzerinde işlem yapılmasına rıza gösteren hasta hekime vekalet vermektedir. Böylece hekimin iradesi ortadan kalkmakta , hastanın iradesi onun yerine geçmekte ve gerçekte hekim değil hasta hareket etmektedir (8).

Bu görüşe karşı çeşitli eleştiriler yapılmıştır:

Kamu düzenin ile ilgili görüş şu şekilde eleştirilmiştir: Ceza kanunlarındaki kurallar kamu düzeni ile yakından ilgilidir. Cezalandırılmama sebepleri sınırlı olarak belirlenmiştir. Kişinin ne kendisi ne de yetkili kıldığı başkası bu kuralları ihlal edemez. Kamu düzeni ve toplumun korunması ile ilgili suçlar (sağlığı ve hayatı ilgilendiren müessir fiil ve adam öldürme suçları) mağdurun rızası ile hukuka uygun hale gelemeyiz. Kişi sağlığı, hayatı üzerinde tasarrufta bulunamaz. Hayatımız sağlığımız yalnız bize değil, faaliyetlerimize ihtiyacı olabilecek topluma da aittir. Kişinin hayatına sağlığına karşı işlenen suçlarda mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez (8).

Kişi özgürlüğü açısından hukuka uygunluğu savunan görüş de şu şekillerde eleştirilmiştir: Hastanın rızası hiçbir zaman serbest ve aydınlanmış değildir. Hasta hekim ve hastalığı karşısında manevi baskı altındadır. Hastanın iyileşme isteği ve çabası iradesini sakatlar. Hasta hekime iyileşmek için müracat etmektedir. Hastanın iradesi hiçbir zaman bir suçun mağduru olmaya yönelik değildir (8).

“ Hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı, kaza geçirdiği için kendinde olmadığı vb. durumlarda yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun ne şekilde açıklanacağı? ” sorusunun yanıtının olmadığı düşüncesi ile de bu görüş çürütülmeye çalışılmıştır. Farzedilen rızanın varlığının tespiti aranmıştır. Varlığı belirlenmiş olsa bile rızanın tek başına hukuka uygunluk sebebi olamayacağı da eleştiriler arasındadır. Rıza ancak hekimin tedavi edici nitelikteki fiilleri üzerinde etkilidir (8).

Özel hukuk açısında savunulan vekalet ilişkisi nedeniyle hukuka uygunluk görüşü de benzer şekilde eleştirilmiştir: Şöyle ki; kişinin başkasına yetki verebilmesi için, yetki verdiği konuda bir hakka sahip olması gerekir. Ancak kişi kendi hayatı ve sağlığı üzerinde bir hakka sahip değildir ki; bu konuda tasarruf için başkasına yetki verebilsin.

Bayraktar üç açıdan yaptığı incelemeler sonucunda şu şekilde kanaat bildirmektedir: Hastanın rızasının tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu üzerinde büyük

etkisi bulunmaktadır. Kişi kendi sağığı konusunda aydınlanmış, serbest rızası ile tasarrufta bulunabilir. Ancak her hakta olduğı gibi sağık ve yaşama hakkında da sınırlar vardır. Kişi ancak tedavi olmak yada bir hastalığı önlemek amacıyla rıza verebilir. Ayrıca hastanın rızasının iyileşme isteğı ve hekimin manevi baskısı nedeniyle sakat olduğı konusu da kabul edilemez. Aksi halde hayattaki bütün iradelerin serbest olmadığını düşünmek gerekir. Hastanın rızasının alınamadığı hallerde ise “ Mefruz rızaya ” dayanılarak hukuka uygunluk sağılanır (8).

Fakat bazı eleştirilerin tam olarak cevaplanamadığı görölmektedir. Kişinin kendi sağığı ve hayatı üzerindeki tasarrufu kamu düzenini yakından ilgilendirir. Şahsın toplumdaki görevlerini yerine getiremeyecek duruma düşürecek fiillere rıza gösterilmesi söz konusu olamaz.

Ayrıca rıza sadece, hekim statüsündeki kişilerin müessir fiillerini hukuka uygun hale getirmekte; hekim statüsünde olmayanların müessir fiillerini, ilgilinin rızasına dayansa da hukuka uygun hale getirmemektedir. Bu durumda da “ Hakkın icrası ” konusunu gündeme gelmektedir.

Bu şekilde sonuca gidildiğinde tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu konusunda rızanın etkisi kabul edilmekte, ancak tek başına yeterli olmamaktadır. Gerekli olan ama yeterli olmayan hastanın rızasının yanında, hekimin mesleki hakkını kullandığını da kabul etmek gerekir (8).

Dönmezer-Erman ise tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu mağdurun rızası ile açıklanamayacağını belirtmiştir. Trafik kazası geçirip kendini bilmeyecek durumda olan, kimliği tespit edilemeyen, kanuni mümessili yahut akrabasının rızasının alınmasına fırsat bulunmayan hallerde rızanın alınmasını şart koşmanın zamanında müdahaleyi engelleyerek ölüme yol açabileceğini dile getirmiştir. Aynı şekilde rıza ile girilen bir cerrahi müdahalede, hasta uyutulduktan ve ameliyata başlandıktan sonra doktor aynı hasta üzerinde rızasının alınmadığı başka bir müdahalede bulunmak zorunda kalabilir. Örneğin, “...böbrekten taş almak için hastanın rızası ile yapılan ameliye sırasında doktor böbreğin tamamiyle iltihaplanmış olduğunu, taşların ayıklanmasının mümkün olmadığını, böbreğin tümüyle alınması gerektiğı görebilir. Bu durumda ameliyatı olduğı gibi bırakmak, hastanın kendisine gelmesini beklemek , rızasını sormak, sonra yeniden hastayı ameliyata tabi tutmak tedavi adı altında işkence yapmaktan başka bir anlam taşımayacaktır. Bu örnek

memleketimizde cereyan etmiştir. Mahkeme böbreği alan doktoru , hukuka aykırı bir şekilde hareket etmiş saymayarak, haksız fiilden ötürü açılmış olan tazminat davasını reddetmiştir. (İstanbul Asliye 2.Hukuk Mahkemesi 13.6.1963,E.59/546, K.63/438) ” (16).

Dönmezer- Erman’ın aktardığına göre hukuka uygunluğun mağdurun rızası ile açıklanamayacağı eleştirisine karşı mağdurun rızası görüşünü savunan yazarlar, bu durumlarda “ Vekaletsiz iş görme ”, “ Örtülü rıza ”, şartları varsa “ İztırar ” gibi durumların olaya uygulanabileceği şeklinde çeşitli açıklamalar yapmışlardır. “ Bu yazarlara göre tıbbi müdahale konusunda, mağdurun rızası ile ıztırar hali adeta birbiriyle kaynaşmış durumdadır. ” (16).

Özek’e göre tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için mağdurun rızası tek başına yeterli değildir. Esas itibariyle hakkın icrası söz konusudur. Hastanın rızası hakkın bilfiil icra edilebilmesi için ön şart teşkil eder. Mecburi olarak yapılan tıbbi müdahaleler dışındaki estetik ameliyat gibi müdahalelerde hastanın rızası gerekmektedir. Ancak bu durumda da hakkın icrası söz konusudur. Fakat hakkın aktif hale geçebilmesi, icra edilebilmesi için hastanın rızası gerekir. Hastanın rızası tek başına fiili hukuka uygun hale getirmez, tıp biliminin o ameliyatın o şekilde yapılmasını doktora hak olarak tanımış olması gerekir (36).

Aşçıoğlu ise hekimin mesleğini uygulama hakkını kullanmasına işlerlik kazandıran unsurun hastanın rızası olduğunu, hastanın hekime hakkını kullanabilmesi için izin verdiğini, ağırlıklı hukuka uygunluk sebebinin hastanın rızası olduğunu kabul etmektedir.Yazara göre, hastanın rıza vermesi ile doktorun iradesi kalkmakta hastanın iradesi onun yerine geçmekte ve doktor değil hasta hareket etmektedir. Doktorun görevi hastanın kendi hakkında karar vermesiyle başlar (4).

Erman’a göre ise tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan asıl unsur mağdurun rızasıdır. Tıbbi müdahalede hem hekimin mesleğinden kaynaklanan, hem de hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının gerektirdiği koşulların aranması gerekir. Ancak konu, belirli bir kişi üzerinde gerçekleştirilen belirli bir tıbbi müdahale olduğundan asıl belirleyici olan hak; kişinin kendi geleceğini belirleme hakkıdır. Bu sebeple hukuka uygunluğun sebebi mağdurun rızasıdır. Bir hekimin mesleğini genel olarak uygulayabilmesi genel hukuk düzeni çerçevesinde mümkündür. Buna karşılık aynı hekimin belirli bir tıbbi müdahalede bulunabilmesi için en başta hastanın rızası gerekir (21).

4.1. İlginin Rızası Açısından Özellikli Olan Estetik Ameliyeler

Doktrinde Bayraktar, Dönmezer-Erman, Ayan gibi müellifler başta olmak üzere bir çok yazar estetik ile ilgili tıbbi müdahaleleri tedavi amaçlı tıbbi müdahalelerden ayırarak incelemiştir (8,16,6). Hem hastanın rızası açısından, hem de hekimin tıbbi müdahalede bulunma hakkının icrası açısından estetik müdahaleler farklılık arz eder. Estetik müdahale talebi daha çok psikolojik tatmin amaçlı olduğundan, ihtiyari olduğu düşünülmektedir. Bu sebeple de hastanın bu konudaki talebi net, açık olmalı; bilgilendirilmesi daha detaylı yapılmalı ve müdahalede çok daha dikkatli ve özenli davranılmalıdır.

Zira Borçlar Hukuku açısından estetik ameliyatlar, hem doktrinde hem de uygulamada eser sözleşmesi kapsamında sayılmakta ve bu nedenle estetik müdahale yapan doktorun, eser sözleşmesinden kaynaklanan, “ Eseri ayıpsız teslim etme borcu ” bulunmaktadır (47). Bu da estetik müdahale sırasında ve sonrasında müdahaleden kaynaklanacak sorunların ortaya çıkması halinde estetik müdahale yapan doktora, estetik müdahale dışında müdahale yapan doktorun sorumluluğundan daha fazla sorumluluk yüklemektedir.

Örneğin, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 3.11.1999 tarihli kararında “ Doktorun estetik amaçlı müdahalesi eser sözleşmesi niteliğindedir. ” denildikten sonra şu açıklamalar yapılmıştır: “...Bir hasta ile onu tedavi eden doktor ve bir avukat ile onun müvekkili arasındaki ilişki, vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Doktor, hastasına tıbbi yardımda ve avukat da hukuki yardımda bulunmayı taahhüt ederler; ancak, hastayı iyileştirme ve davayı kazanma gibi bir sonucun taahhüdü, vekalet sözleşmelerinde söz konusu olamaz. Hasta ölse veya dava kaybedilse dahi, tıbbi yardımda bulunan doktor ile hukuki yardımda bulunan avukat, yaptıkları yardımın karşılığı olan ücrete hak kazanırlar ve kusurları dışında sorumlu olamazlar.

Eser (istisna) sözleşmelerinde ise, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda "Eser" denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse, meydana gelen zarardan yüklenici sorumlu olur.

Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi (olayımızda olduğu gibi) işi, BK.nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur. Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun

tedavi niteliği olmayan tıbbi müdahalede bulunması ifa yönünden yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız (kusursuz) olarak ortaya çıkması da gerekir. Davacının kolundaki dövmeyle estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır. Oysa, dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolundaki eski durumu aratırcasına, sağlıklı ve çirkin görünümlü yeni bir iz, cerrahi müdahalenin izi olarak ortaya çıkmıştır. Yapılan iş, BK.nun 360. maddesi gereğince, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı bir iştir. Bu durumda, davacının hayatı boyunca taşıyacağı bu çirkin iz nedeniyle üzüntü duymuş olması, izahtan varestedir...” (1999/4007 E. 1999/3868 K.) (www.kazanci.com.tr).

Benzer bir sorumluluk ceza hukukunda da geçerlidir. Bayraktar bu konuya şöyle değinmiştir: “ Estetik ameliyelerin tedavi ve insan sağlığı yönünden sahip oldukları özellikler dolayısıyla hekimin bazı hususlara dikkat etmesi gerekir. Girişilen ameliyenin hukuka uygunluğu ancak bu hususların gerçekleşmesine bağlıdır.

-Hekim, estetik ameliye acil olay olmadığından, ameliyeye çok detaylı hazırlanmalıdır.

-Hekim, ameliyattan önce bunun sonuçlarını, etkilerini, tehlikelerini tamamen bütün ayrıntıları ile hastaya anlatmalıdır ve aydınlanmış rızası alınmalıdır. Dönmezer-Erman’a göre ise estetik ameliyelerde hekim mesleki mükellefiyetini icra etmemekte, kendisine tanınan bir mezuniyet dolayısıyla hareket etmekte olduğundan hukuka uygunluk için tek sebep rızadır (16).

-Hekim uygulanması imkansız , zor olan veya zararlı sonuçlar doğurabilecek metodlar kullanmamalı, başarıya ulaşması güç olan alanlarda ameliyata girişmemelidir. ” (8) .

Ayan’a göre de, “Estetik amaçlı müdahalelerde ilgilinin, yapılacak müdahalelerin tehlikeleri üzerinde kapsamlı bir şekilde aydınlatıldıktan sonra rızasının alınması zorunludur. Müdahaleyi icra edecek hekimden de daha fazla özen göstermesi istenmelidir.” (4).

5. Fiilin Hakkın İcrası Sebebiyle Hukuka Uygun Olduğu Görüşü

Doktrinde müelliflerin çoğu tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun temelini hakkın icrasına dayandırmaktadır (16,27,36,8,13,10,3,24).

Bayraktar bu konuyu “ Hekimin Fiilinin Tıp Biliminin Gereği Oluşu Dolayısıyla Hukuka Uygunluğu ” ana başlığı altında; kanuni izin, mesleğin ifası ve hakkın icrası şeklinde üç bölümde incelemiştir (8).

Hekimin fiili, kanunun veya hukuk düzeninin izin vermesi sonucu hukuka uygundur. Mesleğini uygulayan hekim aynı zamanda kanunlar tarafından verilen bir hakkı da kullanıyordur. Dolayısıyla yazarın ayrı ayrı incelemeyi uygun gördüğü bu üç başlığı hakkın icrası kapsamında incelemek mümkün görünmektedir. Hakkın icrası kavramının temelini kanuni izin neticesinde mesleğin ifası oluşturmaktadır.

Hukuk kurallarına uygun olarak kazanılmış olan hakkın kuralları çerçevesinde icra edilmesini hukuk korur ve eylemi hukuka uygun sayar. 5237 sayılı Kanun’un 26.maddesinde “ Hakkın Kullanılması ” başlığı altında yer alan, hakkın icrası konusu maddenin komisyon gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır:

“ Bir hakkı kullanan kimsenin hukuka aykırı bir şekilde hareket etmiş sayılmayacağı bilinen bir gerçektir. Bir hak kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamlara dayanabilir ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından doğabilir. Burada hakkın doğrudan doğruya kullanılabilir olması aranacaktır. Eğer hak bir mercie başvurarak kullanılabilirse, artık buradaki hak kapsamında olmayacaktır.” Gerekçede belirtildiği üzere hekimlik mesleğinin icrasından doğan hakların kullanılması da hakkın icrası hukuka uygunluk sebebine dahildir (2).

Bayraktar hakkın icrasını tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk sebebi olarak açıklamaktadır. Tıp mesleğinin icrası için başkalarının vücut bütünlüğüne müdahale etmek gerekir. Müessir fiil veya başka suç tipine girebilen bu fiillerin yapılmasını devlet istisnai olarak uygun görmekte ve bu yetkiyi hekimlere vermektedir. Diploma ile elde edilmiş hak sayesinde hekim hastalığın önlenmesi, tedavisi ve hastalıktan korunulması gibi amaçlarla, suç niteliği taşımaya müsait çeşitli fiilleri yapabilmekte ve tedavi usullerini uygulayabilmektedir. Bu fiiller hekimlik faaliyeti olduğu için hukuka uygun sayılmaktadır (8).

Hakkın icrasının tam bir hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için hekimin bazı sınırlar içinde hareket etmesi gerekir. Hekimin fiillerinin hakkın icrası nedeniyle hukuka uygun kabul edilebilmesi için, objektif ve subjektif sınırlar içinde hareket edilmiş olması gerekir. Objektif sınır, tıp biliminin gerektirdiği şekilde hareket edilmesidir. Subjektif sınır ise hekimin koruma, teşhis ve tedavi etme amacıyla hareket etmiş olmasıdır. Örneğin hasta üzerinde yapılan deneylerde hakkın icra edildiği ileri sürülemez (8).

Bayraktar sonuç olarak, tıbbi müdahalelerin asıl hukuka uygunluk sebebinin “ Hakkın icrası ” olduğunu ama, bu hukuka uygunluk sebebinin hakkı işler duruma getirmek ve hakkın kullanılmasının sınırlarını saptamak yönünden mağdurun rızası kavramı ile tamamlanması gerektiğini düşünmektedir (8).

Dönmezer - Erman da tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun temelini, hakkın icrasına bağlamaktadır. Ancak geniş anlamda hakkın kullanılması kavramına dahil olduğunu düşündüğü “ Görevin ifası ” hukuka uygunluk sebebinden de kanun hükmünü ifa ve amirin emrini icra konularını kapsamına alarak bahsetmiştir. Görevin ifasında yükümlülük , hakkın icrasında yetki vardır (16).

Dönmezer-Erman, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu, hakkın icrasının objektif ve subjektif sınırlar içinde yerine getirilmiş olmasına bağlamıştır. “ Tıp meslek ve sanatının icrasına bir tıp fakültesinden diploma almak ve tabip odalarına kaydolmak şartları ile izin veren kanun bu meslek ve sanatın kullanılması konusunda hekime subjektif bir hak tanımış ve tıbbi müdahalede bulunan doktor da bu hakkını kullanmış olur. ” Yazara göre, eğer hekimin müdahalesi tedavi amacına yönelikse hakkın icrası çerçevesinde hukuka uygundur. Ancak tedavi amacı taşımayan müdahalelerde hakkın kullanıldığının kabul edilebilmesi için hastanın rızasının alınması şarttır. Aksi halde rıza alınmamış ya da sınırları aşılmışsa hakkın suistimali söz konusudur (16).

Hekim için kimi zaman müdahalede bulunmak kanundan doğan bir görev teşkil eder. Salgın hastalık vb. durumlarda hekim görevini yerine getirir. Bu durumlarda da hekim kanundan doğan görevinin gereği zorunlu müdahalede bulunmaktadır.

Dönmezer - Erman sonuç olarak; tıbbi müdahaleler arasında, tedavi amaçlı olan ve tedavi amaçlı olmayan müdahaleler şeklinde bir ayırım yapılmasına müsait bir görüş ileri sürmüştür. Hakkın icrasının subjektif sınırını müdahalenin tedavi amaçlı olması olarak belirlemiştir (16,13,10).

Tedavi amaçlı müdahalelerde hakkın icrası sebebiyle hukuka uygunluk mevcuttur. Ancak tedavi amacı olmayan estetik cerrahi gibi müdahalelerde hekimin hakkını kullandığını söyleyebilmek için rızanın da şart olduğunu, yoksa hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşeceğini ileri sürmüştür. Bir de salgın hastalık gibi toplumsal önemi haiz durumlarda hekimin müdahalesinin hakkın icrası değil, kanundan doğan bir görev olduğunu ileri sürmüştür.

Özek de diğer müellifler gibi, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu hakkın icrası ile açıklar. Yazar bu konudaki kanaatini şu şekilde dile getirmiştir: “ Biz , tıbbi müdahalelerin bir hakkın icrası teşkil ettiği için hukuka uygun sayıldığı fikrini kabul ediyoruz. Buna göre kanunun doktorluk yapma hakkını tanıdığı kişiler, kanundan doğan bu haklarını kullandıkları için fiilleri suç teşkil etmez. Hakkın kullanılabilmesi ise (salgın hastalık ve kanundan doğan zorunlu müdahaleler gibi) istisnalar dışında hastanın rızasına bağlıdır. Ayrıca doktor şifa vermek maksadı ile hareket etmiş olmalıdır. Bu maksat dışında yapılan müdahaleler ancak genel olarak hekimlik mesleği ona imkan veriyorsa hukuka uygundur. ” (36).

Özek, hakkın kullanılabilmesini hastanın rızasına bağlamıştır. Ancak hekimin şifa vermek amacıyla hareket etmiş olması gerektiğini belirtmiştir. Eğer hekimin şifa verme maksadı (subjektif sınır) varsa, tıp bilimi uygulamasının izin verdiği şekil ve şartlar (objektif sınır) çerçevesinde, hekimlik mesleği izin veriyorsa müdahale yapılabileceğini ileri sürmüştür (36).

İçel de hakkın icrasının tıbbi müdahalelerde hukuka uygunluk sebebi olduğu görüşündedir. İçel'e göre, hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için; müdahalenin tıp mesleğini uygulamaya yetkili kişi tarafından yapılması, tıbbi müdahale konusunda geçerli rızanın varlığı, hekimin tıp meslek ve sanatının koşullarına uygun hareket etmiş olması gerekmektedir (27).

Hakeri de hekimin hak ve yükümlülüğü çerçevesinde tıbbi müdahalede bulunduğunu düşünmekle beraber, bu hak ve yükümlülüğün sınırını da diğer bir hukuka uygunluk sebebi olan hastanın rızası ile çizmektedir. Görüşünü şu şekilde belirtmektedir : “ Doktorun hastayı tedavi hak ve yükümlülüğünün sınırı hastanın kendi vücudu üzerindeki serbest karar verme, kendi geleceğini belirleme özgürlüğüdür. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı vardır. Buna göre hasta başarı vaad eden bir tedaviyi reddedebilir,

ameliyata girmek istemeyebilir. Ancak kişinin hayatını serbestçe sona erdirmeye başka bir deyişle yaşam hakkı üzerinde tasarruf etme hak ve yetkisi bulunmamaktadır (24).

Artuk – Gökçen - Yenidünya ise tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu, müdahaleler arasında ayırım yapmaksızın, genel olarak, “ Hekimin tedavi ve estetik amaçlarla insan üzerinde gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler hakkın icrası kapsamına girerler. ” şeklinde belirlemiştir (10).

Ancak bu görüşünün devamında, hastanın rızası ile ilgili şu açıklamaları da yapmıştır: “ Tedavi amaçlı tıbbi müdahale hekimler için hem mesleki bir hak hem hukuki bir görevdir. Estetik gayelerle yapılan müdahalelerde de aynı şekilde düşünmek mümkündür. Ancak estetik amaçlı ameliyeyi yapan doktor, tedavi amaçlı hareket eden hekim gibi mesleki bir mükellefiyeti değil kendine tanınan bir yetkiyi kullandığından, estetik ameliye uygulanan kimselerin rızasıyla ve bu rıza çerçevesinde hareket etmek zorundadır. Rıza olmaksızın ya da rızanın sınırı aşılarak yapılan estetik ameliye hukuka uygun değildir. ” (10).

Artuk – Gökçen - Yenidünya yetkisiz kimselerin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerin hakkın icrası kapsamında olamayacağını, ancak şartları bulunursa ıztırrar hali kapsamına sokulabileceğini belirtmektedir. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için, kanunda öngörülen hallerde usulüne uygun bir şekilde hastanın rızasının alınması gerektiğini; ayrıca hekimin, tıp meslek ve sanatının gereklerine uygun davranmasının da gerektiğini ileri sürmektedir. Bu yazarların da diğer yazarlar gibi, temel hukuka uygunluk sebebinin hakkın icrası olduğu, ama hakkın icrasının diğer unsurlarla birlikte tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getirdiği görüşünde olduğunu söylemek mümkündür (10).

V. Tıbbi Müdahalede Manevi Unsurun Gerçekleşmediği Görüşü

1. Kastın Bulunmadığı Görüşü

Bu görüşü savunanlara (Florian, Petroçelli) göre, kastın varlığı için sadece suç sayılan fiili yapma iradesi yeterli olmayıp, failde zarar verme iradesi de olmalıdır. Hekimin şifa verme maksadı ile hareket etmesi, zarar verme iradesinin olmaması kastını bertaraf etmektedir (16).

Bu görüşü savunanlar kast, saik ve maksat terimlerini karıştırmaktadırlar. Şifa verme saiki ve iyileştirme maksadı ceza kanununda kendilerine açıkça atıf yapılmadıkça,

hekimin fiilindeki kasta etkili olamaz. Dönmezer – Erman’ın verdiği şu örnek bu konuda aydınlatıcıdır: “ Manevi unsur olan kastı failin maksat ve saiki ile karıştırmamak gerekir: Zenginden para çalıp fakire veren kimse de bir suç işlemek maksadıyla değil, fakat sosyal adaleti ve yardımı kendince gerçekleştirmek amacıyla hareket eder; bununla beraber kendisinde hırsızlık kastının bulunduğu ve fiilin suç teşkil ettiğinden şüphe edilmez. Bir hastanın bacağını kesen operatör, onun beden bütünlüğüne helal verdiğini bilmekte, bunu istemektedir ve kast da bu bilmek ve istemekten başka bir şey değildir. Doktorun kusurlu harekette bulunması halinde cezalandırılması mümkündür. Fakat bunu manevi unsurla değil, hakkın icrasının sınırlarının aşılması ile açıklamak gerekir. ” (16).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 17.3.1998 tarihli kararında saik ve maksadı şu şekilde açıklamaktadır. “Sanığın gerçekleştirmek için harekete geçmiş olduğu netice onun maksadını teşkil eder. (...) Saik ise sanığı harekete geçiren, iradesini o yolda kullanmaya onu iten nedendir ve ekseri hallerde maksatla birleşebilir. Hırs, kıskançlık, tamah, intikam gibi duygular saik ve maksadı oluşturabilir. Amaç ve saikler ilke itibarıyla hukukun dışında kalırlar. Bir suç işlendiği zaman, sanığın öngörü ve bilinçle hareket etmesi yeterlidir. Şayet suç tipinde saike yer verilmişse ancak o zaman sanığın saiki üzerinde durulabilir...” (1998/6-18 E.1998/91 K) (www.kazanci.com.tr). Kararda da belirtildiği gibi, amaç ve saikler hukukun dışındadırlar ancak kanunda tanımlanan suç tipinde saik'e yer verilmişse, 5237 sayılı kanunun 82.maddesinin j) bendindeki “ kasten öldürme suçunun kangütme saikiyle işlenmesi ” suçu gibi , ancak o zaman sanığın saiki önem kazanır .

Bayraktar da tıbbi müdahalelerde hekimin hareketi ve neticeyi bildiğini ve istediğini bu nedenle kastının varlığını kabul etmektedir (8).

Kastın bulunmaması sebebiyle tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olduğunu savunanlar kast, saik ve maksadı karıştırmaktadır (8). Babasını öldüren kişiyi öldürmek isteyen fail, yapacağı fiilin suç olduğunu bilmekte ve istemektedir. Bu kastı oluşturur. Mağduru öldürmek istemesinin sebebi babasını öldürmüş olmasıdır. Bu saiki oluşturur. Mağduru intikam almak amacıyla öldürmek istemektedir. Bu da maksadı oluşturur.

Sonuç olarak; bilme ve isteme unsurundan oluşan kastın tıbbi müdahalelerde var olduğunu, hekimin zarar verme kastıyla değil yarar sağlama kastıyla hareket etmesinin kastı etkilemediğini söylemek mümkündür. Dönmezer - Erman’ın belirttiği gibi hekimin hastasına zarar vermeme, aksine yarar sağlama düşüncesinde olması mesleğinin - hakkın

icrası ile ilgili bir konudur. Tıbbi müdahalede bulunan doktor hastaya zarar verme niyetinde ise, doktor olmaktan kaynaklanan “vücut bütünlüğüne dokunma hakkı”nın sınırlarını aşıyor demektir.

Sonuç olarak, tıbbi müdahale fiillerinin hukuka uygunluğunu, sağlık çalışanının kastının olmaması sebebine dayandırmak mümkün gözükmemektedir.

2. Taksirin Bulunmadığı Görüşü

Bu görüşe göre; tıbbi faaliyetler gibi yapıları gereği tehlikeli nitelik taşıyan faaliyetler sonucunda zararlı netice oluşsa dahi, hukuk düzeni tarafından bu faaliyetlerin yapılmasına izin verildiği kabul edilmektedir. Hekimin gerçekleştirdiği teşhis, tedavi, cerrahi müdahale gibi fiillerden meydana gelen neticeler hukuka aykırı sayılmamakta, tıp fiillerinin normal riskleri olarak kabul edilmektedir. Böylece hekim tıp biliminin sınırları içinde kalmak şartıyla çeşitli tehlikeli fiillerde bulunabilecektir. Hekim tıp bilimi çerçevesinde, hastayı iyileştirmek amacıyla bu fiilleri gerçekleştirmişse, suç niteliğinde neticeler oluşsa dahi, hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığından , dolayısıyla taksirinden söz edilemeyecektir (37).

3. İzin Verilen Risk

İnsan vücudu üzerinde tıbbi müdahalelerde bulunan sağlık çalışanının, tehlikeli (riskli) bir alanda çalıştığını ve bu tehlikeli alandaki çalışmalarına hukuk düzenince belli şartlarda izin verildiğini savunan bir görüştür. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu, hukuk düzeninin bu müdahalelere nitelikleri gereği belli şartlarla izin vermesine ve bu sebeple taksirin bulunmamasına bağlamaktadır. Hukuk düzenince izin verilen bu riskli alanda, meşru amaçlarla ehliyetli kişilerce tıp bilimi çerçevesinde gerçekleştirilen fiiller sonucunda, suç niteliğinde neticeler oluşsa dahi hekimin taksirinin olmadığı kabul edilir. Zira niteliği gereği tehlikeli bir alanda çalışılmaktadır .

İzin verilen risk görüşü sosyal hayatın devinimini, teknik-bilimsel gelişme ve ilerlemeyi tehlikeye sokmamak düşüncesi ile savunulmaktadır. Aksi halde, zararlı sonuç doğurma ihtimali bulunan her teşebbüs ve faaliyetten uzak kalma zorunluluğu, insanlığın gelişimini engelleyecek ve toplum yaşayışını hareketsizliğe itecektir.

Hekimin izin verilen risk teorisinden faydalanabilmesi için, tehlikeli sonuç doğurabilecek faaliyetleri yapabilme ehliyetine sahip olması ve dikkat ve özenle hareket etmesi gerekmektedir. Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığından,

bilgisizliğinden doğan bir zararlı netice söz konusu ise izin verilen risk sebebiyle taksirin bulunmadığı savunulamayacaktır (8).

Karşılaşılan bazı güç koşullarda yapılması zor olan ama etkili olabilecek bir tıbbi müdahale, insanlığın gelişimi veya maruz kaldığı bazı hastalıklardan korunması veya iyileştirilmesi için denemelere girişilmesi gibi fiiller, bu müdahale ve denemelerin olumlu sonuçlanmaları büyük bir ihtimal dahilinde olsa dahi genellikle tehlikelidir. Bu gibi durumlarda ortaya çıkacak zararlar ile bu fiiller sonucunda ortaya çıkabilecek gelişmelerin insanlık ve topluma sağlayacağı yararlar arasındaki denge izin verilen risk konusunun gündeme gelmesini sağlamıştır. Bu bağlamda topluma faydalı bir gelişmenin ortaya çıkarılması için bazı zararların göze alınmasının gerekip gerekmediği tartışılmaktadır (45).

Ünver'e göre, “ Genel bir form içinde izin verilen risk, toplumsal yararlar nedeniyle toplum tarafından tolerans gösterilen riskler diye ortaya konulabilir. ” (45).

Genellikle ameliyat vb. tıbbi müdahaleler hastanın yaşamı bakımından bir tehlike ve mutlak müessir fiil neticesi doğurmaya müsaittir. İzin verilen risk alanı içindeki bir durum hastanın rızası aracılığıyla müessir fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Eğer, hasta açısından aynı iyileşme neticesine, daha az tehlikeli bir tıbbi müdahale ile de ulaşmak mümkünken, daha tehlikeli bir tıbbi müdahale yöntemi uygulanmışsa doktorun davranışı izin verilen risk alanı dışındadır ve fiil hukuka aykırıdır (45).

Hastanın rızasının varlığı zemininde, doktorluk mesleğinin kurallarına ve tıp literatürüne uygun bir şekilde yapılan zararsız bir ameliyat dahi; tıbbi müdahale fiillerinin bünyesinde potansiyel ve öngörülemeyen tehlikeleri barındırması nedeniyle, hastanın ölümü ile sonuçlanabilir. Böyle bir durumda hastanın başlangıçtaki rızasının ölümü de kapsadığının kabul edilmesi söz konusu değildir. Bazı müelliflerce bu türdeki olayların ancak “ İzin verilen risk ” öğretisiyle çözülmesi mümkündür (45).

Risk, hastanın tedavisi için doktor tarafından vücuduna yapılan müdahale sonucunda ortaya çıkan tehlikedir. Hastanın sağlığına tekrar kavuşmaktaki yararı, yalnızca bu riske girilerek sağlanabiliyorsa o zaman doktorun davranışı izin verilen risk kapsamında olacaktır. Ortaya çıkacak tehlike, yapılacak müdahale ile amaçlanan yarardan orantısız derecede büyükse, müdahale izin verilen risk kapsamında olmayacaktır (45).

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu konusunu diğer müelliflere göre farklı bir yaklaşımla açıklayan Ünver, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun “ mağdurun

rızası ” kurumu aracılığıyla doğru ve yeterli bir biçimde çözülemeyeceği, bir çok olayda izin verilen riskin bulunduğu ve bu nedenle fiilin objektif isnadiyetinin ortadan kalktığı...” düşüncesindedir (45) .

Fiilin objektif isnad edilebilirliği teorisi, şart teorisi anlamında insan hareketiyle gerçekleştirilen neticenin, ancak hareketin hukuksal konusu itibariyle yasaklanmış bir tehlikeyi doğurması ve bu tehlikenin kanunen öngörülmüş tipik netice şeklinde ortaya çıkması halinde, hareketi gerçekleştirene objektif olarak yüklenebilmesidir. Fiilin objektif isnad edilebilirliği için, bir riskin yaratılmış olması, bu riskin tipik netice içinde gerçekleştirilmiş olması yanında, meydana getirilen neticenin de izin verilen risk alanı dışında bulunması gerekir. Eğer netice izin verilen risk alanı içinde ise fiilin objektif isnadiyeti ortadan kalkmıştır (45). İzin verilen risk alanının kabul edilebilmesi için mutlaka açık bir normun bulunması gerekmemektedir (37, 45).

Bir fiilin bir kişiye yüklenebilmesi anlamındaki, fiilin objektif isnad edilebilirliği teorisi, failin fiilinden kaynaklanan bir suçun oluşması halinde, bu suçtan dolayı failin sorumlu tutulabilmesini ifade eder. Hareketle netice arasındaki nedensellik ilişkisinin fail yönünden ele alınmış şeklidir. Fiilin objektif isnad edilebilirliği teorisine göre, fail izin verilen risk alanı içinde hareket etmişse fiilinden sorumlu tutulamaz. Çünkü, fiilin faile objektif olarak isnadı mümkün değildir.

Özek’in aktardığına göre, “ Fransız mahkemeleri başarılı bir apandisit ameliyatı sonucunda, karın nahiyesindeki derilerdeki bazı aksaklıkların tıbbi müdahalenin normal riski olduğunu kabul etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi de, ilmin icap ettirdiği metodlara başvurularak teşhisin konulması ve tedavinin yapılması halinde, doğan sonuçtan failin sorumlu tutulamayacağını ve bu sorumlu tutmamanın hastaların menfaatine olduğunu 6 Mayıs 1931 tarihli kararı ile kabul etmiştir.” (37).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 21.1.2002 tarihli kararında doktorun tazminat sorumluluğu açısından benzer bir karar vermiştir. Kararda, “...Doktor, hastalığa tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin doğru teşhisi koyup, önlemlerini eksiksiz biçimde gecikmeksizin almalı, olayın gerektirdiği en uygun tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. Tıbbın gereklerine, kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise, bundan dolayı doktor sorumlu tutulamaz...” (2001/10959 E. , 2002/487 K.) (www.kazanci.com.tr). Bu karar “ İzin verilen risk ” görüşünün Yargıtay nezdinde de

varlığını göstermeye müsaittir. Ancak buna rağmen, “ İzin verilen risk ” teorisinin tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan temel neden olduğunu kabul etmek mümkün gözükmemektedir.

Deutsch, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu konusuna şu şekilde değinmiştir:

“ Herkes gibi hekim de insan vücudu, sağlığı ve yaşamının ihmal sonucu ihlalinden sorumludur. Nevar ki, savcılık uygulamalarında özellikle bilirkişilerin çekingenliği yüzünden, hekim aleyhine ancak ağır ihmalinden dolayı ceza davası açılması biçimindeki bir tutum kendini kabul ettirmiştir. Bu tutumda, hekimlik faaliyetinin tehlikeye yatkınlığının sessiz sedasız kabulü gizlidir. Bir kaç yıldan beri hekimin sorumluluğunu yasa yoluyla ağır ihmal halleriyle sınırlamanın gerekli olup olmadığı tartışılmaktadır. Kanımca, böyle bir yola başvurmakla yasa koyucu iyi ederdi, çünkü böylece hekimlik faaliyeti kavramına dahil olan zarara yatkınlık niteliğinin gereği yerine getirilmiş olurdu. ” (14).

Borçlar Hukuku terimi olan “ Ağır ihmal ” , “ Hukuka aykırı sonucu meydana getiren fiil işlenirken, böyle bir fiil işleyen herkesin göstereceği dikkat ve özeni göstermemektir. Bir doktorun veya hemşirenin hastaya penisilin testi yapmadan penisilin iğnesi yapması ve hastanın penisilin şokuna uğraması halinde, bu davranışta doktor veya hemşirenin ağır ihmali vardır.” (34) .

“...Kusur sorumluluğun subjektif şartıdır. BK. kusuru kasıt ve ihmal olmak üzere ikiye ayırmıştır (BK. m. 41). İhmalde; bir kimse hukuka aykırı bir sonucun meydana gelmesini istememiştir; buna rağmen böyle bir sonucun meydana gelmesi, onun gereken dikkati sarf etmemesi veya tedbiri almaması yüzünden vuku bulmuştur. İhmalinde; hafif ve ağır olmak üzere iki derecesi vardır. Anlayışlı, normal ve dikkatli her insanın aynı durum ve şartlar altında apaçık bulacağı en ilkel dikkat ve tedbirlerin ve özen görevinin yerine getirilmemesi durumunda ihmal ağırdır. Bu ayrım özellikle tazminatın kapsamı ve türünü tayin ederken önem kazanır. Şu yönü önemle vurgulamakta yarar vardır; doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki (teknik) değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktorun davranışlarında kusur kendisinden beklenen gerekli özeni (dikkat ve ihtimam) ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya

çıkar. Kusurun saptanmasında objektif ölçü esas alınır. Diğer bir ifade ile ölçü; objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamaktır. Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutması, biziatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu davranıştır. Sırf bu niteliği itibarıyla, olayın bir uzman önünde inceltirilmesine de ihtiyaç yoktur. Çünkü; bir operatörün ameliyat sırasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla meydan vermemesi asıldır. Bu açık duruma rağmen, Yüksek Sağlık Şurası'nın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana iterek gazlı bezin ameliyat sahasında unutulmasının nadide de olsa mümkün olaylardan kabul etmesi yetersiz olup, ayrıca sorunun niteliğini kavramaktan da uzaktır. Bu görüş, usulün 275 ve ardından gelen maddeleri hükmünce mahkemeyi bağlamayacaktır. Kaldı ki; maddi olgu şeklinde ortaya çıkmış ve çekişmesiz durumların bilirkişi aracılığı ile tekrar incelenmesine de gerek yoktur..." (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1982/7237 K. 1983/1783 T. 14.3.1983) (www.kazanci.com.tr).

Ünver'in görüşü şu şekildedir: "...Basit müessir fiil neticesi açısından doktorun yaptığı tıbbi müdahalede mağdurun rızası ile birlikte hakkın icrası hukuka uygunluk sebeplerinin yeterli olduğunu; ancak buna karşılık rızaya konu olamayacak haklar, rızanın bulunmadığı, rıza açıklamaktan açıkça kaçınılmış bulunulan, rıza beyanının açıklanma olanağının bulunmadığı durumlarda veya doktor dışındaki kimselerin yaptığı riskli tıbbi müdahaleler açısından, bu kurumların uygulanmasıyla hukuksal açıdan doğru bir sonuca ulaşılamayacağı düşüncesindeyim. Çünkü basit müessir fiil neticesi hariç bu olaylarda doğan netice açısından mevcut bir rızadan söz edilemez. Bu, nitelikleri gereği tehlikeli olan davranışların, başta izin verilen risk olmak üzere, fiilin objektif isnad edilebilirliğini kaldıran diğer sebepler dikkate alınarak bunlar nazarında değerlendirilmesi gerekir. Bu olayların büyük bir çoğunluğu izin verilen risk düşüncesiyle açıklanabilir."(45).

Çakmut da Ünver'le aynı görüşü paylaşmaktadır. Tıbbi müdahaleden doğan cezai sorumluluğun, "basit müessir fiil neticesi oluşan suçlar", "basit müessir fiil kabul edilemeyecek fiiller sonucunda oluşan suçlar" olarak iki ayrı bölümde ve "izin verilen risk" görüşü çerçevesinde incelenmesi gerektiği görüşündedir (11).

Basit müessir fiil ve nitelikli (ağır) müessir fiil konusu tıbbi müdahalelerin bilir kişiler nezdinde değerlendirilmesinde de önem taşımaktadır. 765 sayılı Kanun'un 456.

maddesinin 1.ve 4.fıkraları basit müessir fiili, 2. ve 3. fıkraları nitelikli müessir fiili belirtmekteydi (17). 5327 sayılı Kanun'da 765 sayılı Kanun'daki 456/1.maddeyi(basit müessir fiili) karşılayan madde 86/1. maddedir (44). 86.maddenin 1.fikrası "...başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Şeklinde, basit müessir fiil tanımlanmıştır. 86.maddenin 3.fikrasında da nitelikli (ağır) müessir fiil halleri belirtilmiştir.

31.03.2005 tarihinde 5328 sayılı kanunla 86. maddeye eklenen 2.fikra da eski kanunun 456/4.maddesini karşılamaktadır (44). Bu fıkroda " Yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin -basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması - halinde... " ceza hafifletilmiştir. Yaralamanın basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması, yaralamanın adli tıp açısından en hafif yaralama olarak nitelendirilmesi demektir (12).

Bu madde ile, kusur açısından müessir fiilin en hafif derecesi belirlenmiş olmakla birlikte, usul açısından da değişiklik yapılmış bulunmaktadır. Bu suretle, müessir fiil sonucu oluşan yaralanmanın, basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde olması halinde, kasten müessir fiil suçu soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bir suç haline gelmektedir. Müessir fiilin öğrenildiği tarihten itibaren 6 ay içinde şikayet edilmesi halinde soruşturulmakta, re'sen soruşturma yapılmamaktadır (Türk Ceza Kanunu md.86/2.).

Yaralamanın basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte olması , suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suç olmasıyla birlikte taraflar arasında uzlaşma müessesesinin uygulanabilirliğini de beraberinde getirir. (Türk Ceza Kanunu md.73.)

TARTIŞMA VE SONUÇ

Doktrindeki baskın görüş, tıbbi müdahalelerin suç niteliği taşımamasının sebebini, tıbbi müdahale fiillerinde hukuka aykırılık unsurunun bulunmamasına dayandırmaktadır. Tarafımızda oluşan görüş de bu yöndedir. Ancak hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerden hangisinin varlığı nedeniyle tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olduğu konusu tartışmalıdır. Doktrindeki bu tartışmalar genel bilgiler kısmının 2.Bölümünde detaylarıyla anlatılmıştır.

Bu bölümde, hukuka uygunluk sebeplerinden mağdurun rızası, kanun hükmünü ifa, görevin ifası konularını irdeledikten sonra tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren sebep konusundaki kanaatimizi oluşturan, “**Karma Görüş**”ü açıklayacağız.

Kanaatimizce, mağdurun 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 etse bu hukuka aykırıdır. Öyle ki, günümüzde doktor olmasına rağmen, branşı dışında hasta tedavi edenlerin fiilleri bile hukuka aykırı kabul edilmektedir. Bu nedenle bir tıbbi müdahale uygulamasında öncelikle hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinin şartları mevcut olmalıdır. Hakkın icrasının şartları mevcut değilse, ilgili ne kadar rıza gösterirse gösterebilir tıbbi müdahale hukuka uygun hale gelmez.

Yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü üzerinde mutlak surette tasarruf söz konusu değildir. Kişinin toplumsal görevlerini yerine getirmesini engelleyecek müdahalelere ilişkin rıza, geçerli bir rıza değildir. Kişinin yaşam hakkı Anayasa, kanunlar, devlet kurumları ve şahıslar tarafından korunur.

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 rızasını temel hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemez. Çünkü kişinin bu hakları üzerinde mutlak ve serbest tasarruf yetkisi yoktur.

Üstelik mağdurun rızası müessesesi; kişinin rızası olmasa ya da alınamasa da hukuka uygun olan bazı müdahalelerin hukuka uygunluğunu açıklayamamaktadır. Örneğin Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde suç şüphesi altındakilerde uygulanacak rıza dışı

müdahaleler ilgilinin rızası olmamasına rağmen hukuka uygundur. Çünkü kanunun verdiği bir müdahale yetkisi söz konusudur. Bu örnekte, müdahaleyi yapacak kişinin sağlık mesleği mensubu olması hukuka uygunluk için temel neden olmakla birlikte; kanun hükmünü ifa hukuka uygunluk sebebinin de tamamlayıcı olarak varlığı düşünülebilir.

Ayrıca hastanın bilinçli olmadığı ve rızasını bildirebilecek durumda olmadığı trafik kazası, şok gibi çeşitli durumlarda, hastanın rızası alınmaksızın gerekli olan tedavi yetkili sağlık mesleği mensubu tarafından hukuka uygun olarak yapılır. Bu durumlarda ilgilinin rızası yoktur. Ama müdahaleyi yapacak olan sağlık mesleği mensubunun bu müdahale konusunda yetkili olması ve hakkını icra ediyor olması gereklidir ki, müdahale hukuka uygun olsun. Bu durumlarda da temel hukuka uygunluk sebebi hakkın icrasıdır.

Rızanın hukuka uygun olması için rıza açıklamaya yetkili kişi, bilinçli ve tesirden uzak olarak, müdahaleden önce ve tasarrufta bulunmaya yetkili olduğu konuda rızasını açıklamalıdır. Zira hastanın rızasının hiçbir zaman bağımsız , tesirden uzak olduğu söylenemez. İyileşmek isteyen ve sağlığının bir an önce düzelmesi için her şeyi yapmaya hazır olan kişinin tesirden uzak karar verdiğini söylemek mümkün değildir. Bu sebeple de ilgilinin rızasının tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getirdiğini söylemek mümkün değildir.

Doktor hastayı tıp bilgisi çerçevesinde nasıl uygun görürse o şekilde tedavi eder; bu konuda tıp bilim ve tekniği çerçevesinde serbesttir. Ancak Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 18.maddesi ile acil hallerde, resmi ve insani vazifenin ifası hallerinde doktora, kendisine gelen hastayı reddetmeme ve tedavi etme yükümlülüğü yüklenmiştir. Kanundan kaynaklanan tıbbi müdahale hak ve yetkisini kullanan doktor, kanuna dayanarak hazırlanmış tüzükle getirilen belli hallerdeki tıbbi müdahale yükümlülüğüne de uymak zorundadır.

Doktorların acil hallerde, resmi ve insani vazife gerektiren hallerde yaptığı müdahaleler sonucunda müessir fiil ya da ölüm olayı gerçekleşirse, doktor hangi hukuka uygunluk nedenine göre suçsuz sayılmalıdır. “ Kanun hükmünü ifa ”mı, “ Hakkın icrası ”mı, “ Görevin ifası ”mı?

Burada doktorun, tedavi etme yükümlülüğünü yerine getirdiği (görevini ifa ettiği) ya da Nizamname hükmündeki yükümlülüğe uygun hareket ettiği (kanun hükmünü

uyguladığı) düşünülebilirse de, temel olarak kanundan doğan hakkını icra ettiğini düşünmekteyiz.

Kanun’da bulunmayan; doktrin tarafından kabul edilen görevin ifası hukuka uygunluk sebebi, bazı durumlarda yükümlülük sözkonusu olduğu için müdahalelerin gerçekleştirildiğini ve yükümlülüğün yerine getirilmesi durumunda müdahalelerin görev ifası sebebiyle hukuka uygun olduğu düşüncesini içermektedir. Kanaatimizce, hakkını icra eden hekim bu konudaki yükümlülüklerini de yerine getirdiğinden ve “ Görevin ifası” kanunda yer almayan bir hukuka uygunluk sebebi olduğundan bu durumlar görevin ifası nedeniyle hukuka uygun hale gelmemektedir. Üstelik, hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi zaten belli yükümlülükleri de içermektedir.

“Kanun hükmünü ifa ” sebebinin uygulanabilmesi için de öncelikle tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili bu konuda ehliyetli olunması gerektiğini, bu nedenle öncelikli hukuka uygunluk nedeninin hakkın icrası olduğunu düşünmekteyiz. Ancak hakkın icrası ve kanun hükmünü ifa hukuka uygunluk sebebinin birlikte fiili hukuka uygun hale getirdiğini söylemek de mümkündür.

Daha önce “ Hareket ” konusunda belirttiğimiz üzere; doktor yardımını reddeden bilinçli hastaya zorla müdahale edilemeyeceği kabul edilen bir görüştür. Örneğin, yaralı kan nakli istemiyorsa, doktor kan nakli yapamaz. Ancak doktor, mağdurun olay üzerindeki egemenliğini, bilincini kaybettiği anda neticeyi engellemek için harekete geçmekle yükümlüdür bu konuda garantördür. Bu aşamada neticenin engellenmemesi halinde garantör durumundaki doktor ihmali fail olarak sorumlu sayılır (24). Rızanın alınması mümkün olmayan acil durum, bilinçsizlik gibi hallerde doktorun kanundan kaynaklanan hayat kurtarmak için müdahale etme hak, yetki ve yükümlülüğünün mevcut olduğunu düşünmekteyiz.

Hasta olağan durumlarda tedaviye rıza göstermeyip, tedaviyi reddedebilir. Ancak bu reddetmenin anlamlı bir sonucu yoktur. Çünkü, tedavinin sürekli reddedilmesi sonucunda hasta bilincini kaybedecek şekilde ağır bir hastalık tablosuna girecek ve bu durumda rızaya bakılmaksızın müdahale edilecektir. Ülkemiz kanunlarına göre ötenazi kabul edilmediğinden; hastaya yaşamın tehlikeye girdiği ve bilincinin olmadığı olağanüstü durumlarda, rızası olmasa da müdahale edileceğinden; bu durumlarda, rızanın olması ya da olmaması çok anlamlı değildir.

Olağan durumlarda sağlık mesleği mensuplarının yapacakları müdahaleleri hastaya anlatarak ondan onay almaları; mesleğin esası , insan hakları ve hasta hakları gereğidir. Etik yönden de gereklidir. Hastanın olağan müdahalelerde rızasının alınması gerekliliği günümüzde kabul gören bir görüş olmakla birlikte, hastanın rızası olsa da müdahaleyi yapacak kişinin müdahale hak ve yetkisine sahip sağlık mesleği mensubu olmaması halinde, yine hukuka aykırılık söz konusu olacağından, hukuka uygunluğu sağlayan temel nedenin hakkın icrası olduğunu düşünmekteyiz.

Ayrıca hakkın icrasının sınırlarından subjektif amacı oluşturan “ Meşru bir amaçla tıbbi müdahalede bulunulması ” zaten hastanın çıkarlarını onun adına gözetmeyi de kapsamaktadır. Hakkını icra eden sağlık mesleği mensubunun müdahaleden önce hastaya yapacağı işlemleri anlatması ve bu konuda onun bilgilendirilmiş rızasını alması tıp uygulayıcılarının mesleki bir zorunluluğudur.

Aşcıoğlu'nun “ Hakkın icrasına işlerlik kazandıran hastanın rızasıdır. ” düşüncesi de şu şekilde eleştirilebilir: Her durum için “ Hakkın icrasına işlerlik kazandıran hastanın rızasıdır.”demek mümkün gözükmemektedir. Zira hastanın ölmek üzere olması durumunda, onun rızasına bakılmaksızın, yaşam hakkının hukukça korunması nedeniyle müdahale ehliyetinde olan kişi, tıp bilimine uygun olarak hastayı yaşatma amaçlı müdahale etmektedir.Bu düşüncenin olağan durumlar için geçerli olabileceğini düşünmekteyiz.

Tıbbi müdahaleler arasında en fazla yer tutan müdahaleler tedavi müdahaleleridir. Hastayı tedavi etme hakkı Tababet Kanunu 1.maddesi gereği bizzat hekimlere tanınmıştır. Ancak, başlı başına doktor dışındaki bir sağlık mesleği mensubu tarafından gerçekleştirilen müdahaleler yada nüfus planlaması, aşı uygulaması gibi korunmaya yönelik olarak ebeler tarafından yapılan müdahaleler, doktor dışındaki yetkili sağlık mesleği mensubu tarafından gerçekleştirilir. Bu müdahaleler toplumsal açıdan uygun, meşru bir amaca yönelik olarak ve tıp bilimi çerçevesinde yapılmışsa hukuka uygun tıbbi müdahaledir. Ancak bütün bu müdahalelerdeki temel özellik, müdahalelerin müdahalede bulunma hakkı ve yetkisi olan kişiler tarafından, hakkın icrasının objektif ve subjektif sınırları içinde gerçekleştirilmesi gereğidir.

Sağlık çalışanlarının uyguladığı tıbbi müdahale fiillerinin “ Hakkın icrası ” sebebiyle hukuka uygun olduğu düşünülebilir. Ancak tıbbi müdahaleler hukuken ehliyetli kişi tarafından, tıp bilimi kurallarına uygun olarak, meşru bir amaca yönelik olarak,

hastanın rızası ile yapılmış olsa bile, sonuçta müessir fiil ya da ölüm gerçekleşebilir. Tıbbi müdahale sonucundaki ölüm yada yaralanmanın sebebi; hakkında her şeyin bilinmesi mümkün olmayan, sürekli değişen , yenilenen tıp bilimi tarafından tespit edilmemiş bir durumdan kaynaklanabilir. Yani tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olması için gereken asgari şartlar sağlanmasına rağmen önceden bilinemeyen, tıp bilimince keşfedilmemiş bir sebepten kaynaklanan ölümden dolayı doktoru sorumlu tutmak mümkün görünmemektedir. Burada önlemesi ve öngörülmesi mümkün olmayan bir netice olduğundan “kaza ve tesadüf vardır ve fail kusursuzdur” denilebilir. Ancak tıp biliminde niteliği gereği bilimsel olarak, bir bakış açısına göre tespiti mümkün, bir bakış açısına göre tespiti mümkün olmayan bir netice de söz konusu olabilir. Eldeki verilere (fizik muayene, kan tahlilleri vs.ye) göre hastaya film çekirtmeye gerek olmayabilir ve film istenmeyebilir. Eldeki verilere göre film istenmesine gerek olmadığı konusunda herkes hem fikir olsa bile yine de “ niye film istenmedi? ” demek mümkündür. Yada bir tahlilin üst sınırına yakın çıkması halinde daha ileri bir tetkik istenmeyebilir. Bu gibi durumlar somut olayda kusur olmadığı halde sorun oluşabilir. Üstelik her ameliyatta ölüm olasılığı yada önemli riskler vardır. Çok az oranda da olsa vardır. Ve bu komplikasyon dediğimiz beklenmeyen, olumsuz gelişmeler hastaya anlatılır. Tedavi sonucunda ulaşılabilecek iyilik hali, oluşması ihtimali olan diğer olumsuzluklardan fazla olduğundan hasta tarafından ve tedavi eden tarafından kabul edilir. Hiç kimse sonucunda ölmesi ihtimali olan bir ameliyata girmek istemez ve böyle bir ameliyata rıza göstermez. Ancak yarar zarar dengesine bakılarak müdahale kabul edilir.

Tıp biliminin tehlikeli niteliği gereği, gereken tüm önlemler alındığı halde oluşması ihtimali olan risklerin varlığı kabul edilmektedir. Hukuk doktrininde “ İzin verilen risk” olarak isimlendirilen bu teori, niteliği gereği riskli mesleklerde kusur olmaksızın gerçekleşebilen suç niteliğindeki fiillerin, hukuka uygunluk nedeni olarak belirtilmektedir (45,11,27).

İzin verilen risk alanının çerçevesinin çizilmesi hukuken ve tıbben çok zordur. Nereye kadar neye izin verildiği konusu muğlaktır. Böylelikle tıbbi müdahalede bulunanlar açısından çok geniş ve denetimsiz bir müdahale alanı oluşabilir ki; bu da insan hakları yönünden ve hukuki açıdan tehlikeli bir durumdur. Örneğin doktorun ihmali veya hatası sonucunda oluşan ölüm olayında da “ İzin verilen risk gereği tıbben bu mümkündür. ”

denilebilir. Yani uygulanmasının zorluğu ve limitlerinin belirlenememesi sebebiyle izin verilen risk teorisinin de tek başına tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemeyeceğini düşünmekteyiz.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan temel sebep olarak kabul edilen hakkın icrasının, müdahaleyi hukuka uygun hale getirmesi için, hukuken tıbbi müdahalede bulunma hakkına sahip sağlık mesleği mensubu olunması (diplomalı, ruhsatlı, ehliyetli olunması) temel şarttır. Bunun yanında hakkını kullanan sağlık mesleği mensubunun sadece tedavi amacıyla değil; insanlık onuru, ahlak ve hukuk kuralları açısından da meşru bir amaçla hareket etmiş olması (subjektif şart) ve mevcut tıp bilimi kuralları çerçevesinde hareket etmiş olması (objektif şart) gerekmektedir.

Ancak olağan tıbbi müdahaleler yönünden, hastanın müdahale konusunda aydınlatılmış olması ve müdahaleye rıza göstermiş olması da gerekmektedir. Zira olağan tıbbi müdahalelerde sadece hakkın icrası müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeye yetmemekte, vücut bütünlüğüne müdahale edilen kişinin bu müdahaleye bilinçli olarak rıza göstermesi de gerekmektedir.

Yukarıda değinildiği gibi; bütün bu şartlar gerçekleşmesine rağmen, kusur bulunmaksızın, tıp biliminin tehlikeli niteliğinden kaynaklanan bir sonuç oluşmuşsa; o zaman izin verilen risk teorisi uygulanmalıdır. Zira tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunda izin verilen risk teorisinin uygulanabilmesi için de öncelikle failin sağlık mesleği mensubu olarak hakkını icra ediyor olması gerekir.

Ancak hukuken ehliyetli sağlık mesleği mensubu tıp bilimi kurallarına uygun bir müdahaleyi, meşru amaçla ve rıza ile icra ederken dikkatsizlik yapmışsa taksirli fiilden, kasta yaklaşan bir vurdumduymazlıkla davranmışsa olası kastla işlenmiş fiilden sorumlu tutulabilir. Bu hallerdeki sorumluluk izin verilen risk alanı dışındadır .Zira sağlık mesleği mensubunun kusuru söz konusudur.

Sonuç olarak; sağlık çalışanlarının tıbbi müdahaleden kaynaklanan cezai sorumluluğunun, suçun unsurlarının gerçekleşmesi halinde mevcut olduğunu ve tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan sebebin hakkın icrası olduğunu söyleyebiliriz. Ancak olağan ve olağanüstü durumlarda hakkın icrasının yanında başka hukuka uygunluk sebeplerinin de varlığı gerekmektedir. Bu sebeple tıbbi

müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan sebep konusunda, karma görüşü savunmaktayız.

Kanaatimizi oluşturan karma görüşü, olağan ve olağanüstü durumlar olmak üzere iki yönden açıklamanın uygun olacağını düşünmekteyiz.

Olağan Durumlar

Kişinin vücut bütünlüğüne, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında dokunulamayacağı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer almaktadır. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller olağanüstü durumlardır. Olağan durumlar ise, acil olmayan haller, hayati veya toplumsal tehlikenin söz konusu olmadığı haller gibi durumlardır.

Olağan durumlarda gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerde, 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. Doktor “ Bu benim hakkım ” diyerek bir hastayı zorla ameliyat edemez .

Buradan şu sonuç çıkmaktadır:

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.

Kanaatimizce, olağan tıbbi müdahalelerde hakkın icrası şartlarının bulunması yanında, ilgilinin rızasının da alınması gerektiğini ve tıp biliminin niteliği gereği belli risklerin kusur olmaksızın oluşması halinde, izin verilen risk hukuka uygunluk sebebinin de fiili hukuka uygun hale getirebileceğini söylemek mümkündür.

Sonuç olarak; kanaatimizi oluşturan “ Karma Görüş ”e göre; olağan durumlarda, “ Hakkın İcrası ”, “ İlgilinin Rızası ” ve gerekli hallerde “ İzin Verilen Risk ” hukuka uygunluk sebeplerinin birlikte bulunması ile tıbbi müdahale hukuka uygun hale gelmektedir

Olağanüstü Durumlar

Anayasa'nın 17. maddesinde belirtilen tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller olağanüstü durumlardır. Belgesay tarafından da “ Zaruret Hali ” olarak belirtilen bu hallerde, üzerinde tıbbi müdahale icra edilecek şahsın rızasına bakılmaz. Zira burada toplumsal ya da şahsi menfaatler söz konusudur (9).

Toplumsal açıdan zorunlu olan bulaşıcı hastalık aşıları, bulaşıcı hastalık tedavileri; şahsın hayatının tehlikede olduğu , tıbbi açıdan derhal müdahale edilmezse öleceğinin öngörüldüğü durumlar; kanun gereği rıza olmasa da yapılması gereken müdahaleler olağanüstü durumlara örnek olarak verilebilir.

Doktorun 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 yine hakkın icrasının yanında, kanun hükmünü ifa hukuka uygunluk sebebinin de müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiğini söyleyebiliriz.

Sonuç olarak; kanaatimizi oluşturan “ Karma Görüş ”e göre, olağanüstü durumlarda, “ Hakkın İcrası ” hukuka uygunluk sebebinin yanında, “ Kanun Hükmünü İfa ” hukuka uygunluk sebebinin ve yine gerekli hallerde “ İzin Verilen Risk” hukuka uygunluk sebebinin birlikte tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getirdiğini düşünmekteyiz.

KAYNAKLAR

1. Alacakaptan U.: Suçun Unsurları. Sevinç Matbaası, Ankara 1970
2. Artuç M., Bayyurt Y.: Gerekçeli Karşılaştırmalı Tablolu, Eski ve Yeni Kanun Metinleriyle 5237 Sayılı TCK, 5271 Sayılı CMK, 5275 Sayılı CGİK ,Kartal Yayınevi, Ankara 2005
3. Artuk M.E., Gökçen A.,Yenidünya A.C.: 5237 Sayılı Yeni TCK.'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I., Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası,S.404-720,Turhan Kitapevi , Ankara 2006
4. Aşçıoğlu Ç.: Tıbbi Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, s.15-144 Ankara 1993 .
5. Ataay A.: Vücut Ve Beden Üzerindeki Hak. s.26-28, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr.İsmet Sungurbey'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi,No:20, İstanbul 1996
6. Ayan M.: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk. Kazancı Hukuk Yayınları, s.5,10-46,49,Ankara,1991
7. Başöz L., Çakmakçı R.: Karşılaştırmalı Tablolu Türk Medeni Kanunu. Legal Yayıncılık, Temmuz 2002
8. Bayraktar K.: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu. 1972
9. Belgesay M. R.: Doktorun Hukuki Borçları, s.108-110,711, İÜHFM.1945,C.XI,S1-2, İstanbul 1945
10. Centel N.,Zafer H.,Çakmut Ö.: Türk Ceza Hukukuna Giriş. 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş Üçüncü Bası,S.46,63, 207, 231,234,350,Beta Yayın Dağıtım, İstanbul 2005
11. Çakmut Y. Ö.: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.24-236 Legal Yayıncılık, Ocak 2003.
12. Çetin G. ,Güzel S.,Balcı Y.: Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Düzenlenecek Adli Raporlar İçin Klavuz. s.155, Ed.:Çetin G., Yorulmaz Ç.,Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyumu Bildiri Kitabı, 2006 İstanbul

13. Demirbaş T.: Ceza Hukuku Genel Hükümler.Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3.Baskı, S.107-179,185,186,298,Seçkin Yayıncılık,Ankara 2005
14. Deutsch E.: Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu. s.172, Çeviren:Yazman İ.,Olgaç Matbaası,Ankara 1981
15. Dönmezer S., Erman S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku.Genel Kısım, Cilt : I, s, Beta Yayınları,10.Bası, .17-365,366-527,İstanbul 1994
16. Dönmezer S., Erman S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku.Genel Kısım,Cilt:II. Beta Yayınları,10.Bası,s.1-270,304-345, İstanbul 1994
17. Dönmezer S.: Kişilere Ve Mallara Karşı Cürümler. s. 84, Beta Basım Yayım Dağıtım, Yeniden Gözden Geçirilmiş Ve Yenilenmiş Ondördüncü Bası, s.27-96,114 Ocak 1995,
18. Dural M.: Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler. s.39-94, Filiz Kitapevi, İstanbul,1995
19. Dülger M. V.: 5237 Sayılı YTCK'da Kastın Unsurları ve Türleri Özellikle Olası Kastın Değerlendirmesi. Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi,s.81,84,87,Yıl:2, Sayı:5, Nisan 2005
20. Erem F.,Danışman A.,Artuk M.E.: Ceza Hukuku Genel Hükümler. 14.Bası, s.58,233,453,Ankara 1997
21. Erman B.: Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu. Seçkin Yayınları, Ankara 2003
22. Gümüş M. A.: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu.s.58-61, Beta Basım Yayım, Mart 2001
23. Güran S.: Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu. Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu,s.77, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983,
24. Hakeri H.: Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003
25. Hakeri H.: Yeni Türk Ceza Kanununda İhmalî Suçlar. Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi,Yıl:2, Sayı:5, Nisan 2005
26. Hatun Ş.: Hasta Hakları. s.13, İletişim Yayınları, İstanbul 1999

27. İçel K.,Sokulu A. F.,Özenç İ.,Sözüer A.,Mahmutoğlu F.S.,Ünver Y.: Suç Teorisi. Beta Basım Yayım, 3.Bası , Ekim 2004,
28. İçel K.: Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk. S.26,186İstanbul,1967
29. Katoğlu T.: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık,s.23, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003,
30. Kök N., Çankaya H.: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Tıbbi Etik ve Hukuki Sorunlar. II.Ulusal Tıbbi Etik Kongresi Bildiri Kitabı, s.548,549 , 18-20 Ekim 2001,Kapadokya
31. Kunter N.: Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi. İsmail Akgün Matbaası,İstanbul 1954
32. Mahmutoğlu F. S.: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri. Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi,s.43-46-53,56,Yıl:2, Sayı:5, Nisan 2005
33. Meran N.: Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar. s.65, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005
34. Oğuzman M.K., Öz T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler. s.46,506,Filiz Kitabevi, İstanbul,1995
35. Özdemir H.:Teşhis Tedavi Sözleşmesi,Yetkin Yayıncılık,s.52,61,Ankara 2004
36. Özek Ç.: Hekim ve Hukuk Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları. s.445, 450, İÜTFM, C.28, İstanbul 1965
37. Özek Ç.: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumlulukla İlgili Genel Prensipler. s.1-166, İÜTFM , C . 29, İstanbul 1966
38. Öztürk M.: Taksirden Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluk, s.3-28,Kazancı Hukuk Yayınları
39. Öztürkler C.: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk,Teşhis Tedavi Ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları. s.7, Seçkin Yayıncılık, 1.Bası, Anakara 2003
40. Polat O.: Tıbbi Uygulama Hataları. Seçkin Yayıncılık, s.28,29,Ankara 2005
41. Sağlık Mevzuatı : Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002

42. Sarıal E.: Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal ilişkiler. s.45,47, Kazancı Hukuk Yayınları No.53,1986
43. Soyaslan D.: Ceza Hukuku Genel Hükümler. Yetkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 3.Baskı, Ankara 2005
44. şendil R.: Yeni TCK'da Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar ve Bunun Adli Tıp Yönünden İrdelenmesi. s.1607,İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:80, Sayı:2006/4, Temmuz-Ağustos
45. Ünver Y.: Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk.s.9-78,222,238,355 Beta Yayınları, 1998
46. Yavuz İ.F.: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi. s.16-23,30-46,127,128, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006
47. Yavuz C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler. s. 23, 587,Beta Basım Yayım Dağıtım,4.Baskı,İstanbul 1996,
48. Zevkliler A.: Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları. s.1,23-27,35, DÜHFD., Y. 1983, S.1, Diyarbakır 1983



Sağlık Bilimleri Enstitüsü Müdürlüğü'ne;

Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Sağlık Kurumları Yöneticiliği Anabilim Dalı çerçevesinde yürütülmüş olan bu çalışma aşağıdaki jüri tarafından Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

İMZA

Tez Danışmanı : Doç.Dr.Ayşe NUHOĞLU
Üniversitesi : Marmara

Üye : Prof.Dr.Atıf AKDAŞ
Üniversitesi : Marmara

Üye : Prof.Dr.Haydar SUR
Üniversitesi : Marmara

ONAY

Yukarıdaki jüri kararı Enstitü Yönetim Kurulu'nun / / 2006 tarih ve sayılı kararıyla onaylanmıştır.

Prof.Dr.Sevim ROLLAS
Müdür