



Genel Yayın Sıra No: 201  
2012 / 03  
ISBN No: 978 - 605 - 5316 - 08 - 2

**Yayına Hazırlayan**  
İstanbul Barosu Yayın Kurulu

**Tasarım / Uygulama / Baskı**

Ege Reklam ve Basım  
Sanatları Ltd.Şti.  
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad.  
No: 4 / 1  
Ataşehir - İSTANBUL  
Tel: (0216) 470 44 70  
  
[www.egebasim.com.tr](http://www.egebasim.com.tr)

Birinci Basım: Nisan 2012  
Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile  
bin adet basılmıştır.

**İSTANBUL BAROSU  
SAĞLIK HUKUKU MERKEZİ**

**"SAĞLIK HUKUKU MAKALELERİ"**

**10/17 EYLÜL 2011**

**Orhan APAYDIN Konferans Salonu**



**İSTANBUL BAROSU YAYINLARI**

İstiklal Caddesi Orhan Adli Apaydın Sokak

1. Baro Han Beyoğlu / İstanbul

Tel: (0212) 251 63 25 (pbx) / Faks: (0212) 293 89 60

dergi@istanbulbarosu.org.tr



## İÇİNDEKİLER

<b>Av. Tülay Yıldız AKAR</b>	
Hastane Enfeksiyonlarının Hukuki Yansımaları .....	7
<b>Av. Yıldız Ertuğ ÜNDER</b>	
Asistan Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu.....	35
<b>Av. Doç. Dr. Özlem Yenerer ÇAKMUT</b>	
Türk Ceza Yasası'nda Genital Muayene Suçu.....	49
<b>Av. Bilge Aydın TEMİZ</b>	
Sahte Veya Taklit İlaçla Mücadele ve Türk Ceza Kanunu'nda Sahte ve Taklit İlaç Suçları.....	65
<b>Av. Pınar BULUT</b>	
Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi .....	83
<b>Av. Nazan ALTUNDERE</b>	
Tıp Ceza Hukuku Ve Güven İlkesi.....	105
<b>Av. Nesrin ÖZKAYA</b>	
Adli Psikiyatri Bakımından Kusur Yeteneğinin, Bilirkişilik Müessesesi ve Adli Rapor Hazırlanması Açısından Değerlendirilmesi .....	117
<b>Av. Yeter KILIÇ</b>	
İşkence ve Hekim Raporları, Tutuklu ve Hükümlünün Sağlık Hakkı, Cezaevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Bakımından Hekimin Durumu Ceza Hukuku Açısından Konuya Bakış .....	135
<b>Av. Nuriye SAVAŞ</b>	
Hekimin Tazminat Sorumluluğu .....	157
<b>Av. Nesrin ÖZKAYA</b>	
Hekim Dışındaki Sağlık Mesleği Mensuplarının Tıbbi Uygulamalardan Doğan Sorumlulukları ve Yüksek Sağlık Şurası Tarafından Hatalı Bulunan Tıbbi Uygulama Örnekleri.....	179
<b>Av. Gültezer Hatırnaz EROL</b>	
Özel Hastaneler İle Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi .....	191
<b>Av. Yıldız Ertuğ ÜNDER</b>	
6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Değişikliklerin Sağlık Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.....	221
<b>Av. Handan Bakbak ÖZDEMİR</b>	
Hekimin Disiplin Sorumluluğu.....	245
<b>Av. Halide SAVAŞ</b>	
Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar .....	259
<b>Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR</b>	
Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu.....	295
<b>Kavramlara Göre Arama Dizini .....</b>	<b>313</b>



# HASTANE ENFEKSİYONLARININ HUKUKİ YANSIMALARI

Av. Tülay Yıldız AKAR

## GİRİŞ

1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi'ne göre **“Özgürlük, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmektir”**. Devlet, bu bireyci yaklaşım içinde etken değil, daha ziyade edilgen ve hatta pasif bir tutum içinde kalmaktadır. Bu anlayış pratikte kişiyi özgür kılmamıştır. Kişi bu hak ve özgürlüklerini aslında kullanamamakta, örneğin sağlığını korumakta çaresiz kalmaktadır. Bu da bize, beyannamelerle ve Anayasalarla kişilere tanınan hakların fiilen kullanılabilme koşulları yaratılmazsa, pratikte bir anlam ifade etmeyeceğini göstermektedir. Çözüm; birey karşısında devletin edilgen değil etken, pasif değil aktif bir konumda olması, kişinin hak ve özgürlüklerini kullanabilme koşullarını yaratması ve hak ve özgürlüklerin teminatı olma ödevini yerine getirmesidir. Bu takdirde tüm hak ve özgürlükler gibi insanın yaşam hakkı ve buna bağlı sağlık hakkı güvence altında olacaktır.

**“İnsan sosyal bir varlıktır”** sözünden hareketle, sosyalleşen insanın güvenlik içinde yaşama ihtiyacı giderek daha da artmıştır ve artmaktadır. Günümüzde yaşam hakkını gerçekleştirmek için sağlık hizmeti almakta ve güvenli sağlık hizmeti alma isteği de sağlık hukuku ile normlara bağlanmıştır. Artık, günümüzde insan güvenli sağlık hizmeti almak istemektedir ve bu isteği devlet tarafından sağlık hukuku ile güvence altına alınmaktadır. Bu noktada devlet kişinin sağlığını korumak, sağlığının korunması için gereken önlemleri almak, güvenli sağlık hizmetini vermek zorundadır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 25.maddesi **“Herkesin kendisi ve ailesinin sağlık ve gönenci için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır. Herkes işsizlik, sakatlık, hastalık, yaşlılık ve kendi denetimi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahiptir.** “ diyerek sağlık hakkına evrensel bir güvence getirmiştir.

Yine BM Ekonomik Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 12/1. maddesi **“Bu sözleşmeye taraf devletler herkesin erişilebilir ve en yüksek bedensel ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanma hakkını tanır.”**dedikten sonra aynı sözleşmenin 2/c-d

maddeleri **“Bu sözleşmeye taraf devletlerce bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek üzere yapılacak girişimler SALGIN ve yöresel hastalıklarla, meslek hastalıkları ve öteki hastalıkların önlenmesi sağaltımı ve desteklenmesi ile hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve bakım sağlayacak koşulların yaratılması için gerekli önlemleri içerir.”** diyerek bir taraftan geniş anlamıyla hasta haklarını ve buna bağlı yaşam hakkını korurken, diğer taraftan özeldede salgın hastalıklar kapsamında hastane enfeksiyonları konusunda da devlete görevler yüklemektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17/2. maddesi yaşama hakkının en temel unsurlarından biri olan sağlık hakkını güvence altına almıştır.

**“ Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”**

Anayasa'nın 56. maddesi ile de devletin ve vatandaşın bu konuda yapmaları gereken daha somut görevler ortaya konulmuştur. 56. maddenin 2. fıkrasının konumuzla yakından ilgisi olduğu açıktır. Zira anılan fıkra ile **“ Devlet herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf verimini arttırmak amacıyla sağlık kuruluşlarını tekelden planlayıp hizmet vermesini düzenler”** belirlemesi yapılmıştır.

Görüldüğü gibi, yaşam hakkı- sağlık hakkı ve en somut olarak da hasta hakkı hep birbirinin içinde yer alan haklardır ve giderek, minimize edilerek hasta hakkı konusu ve hastane enfeksiyonlarının hasta hakları açısından değerlendirilmesi makalemizin konusunu oluşturacaktır.

## **HASTA HAKLARI**

**Hasta hakları**, hastanın sağlık hizmeti alırken gerek kurum, gerekse hizmeti veren doktor ve diğer sağlık çalışanları karşısında Anayasal haklarından biri olan “beden tamlığını koruma hakkı”na ve hatta “yaşam hakkına” müdahalenin hukuka ve verilen hizmetin kurallarına uygun yapılmasını sağlamak için kimi zaman kanunlarla, kimi zaman da yönetmeliklerle koruma altına alınmış haklardır.

**Günümüz Türkiye'sinde hasta hakları**, mevzuatımıza, 1998 tarihinde yayınlanan Hasta Hakları Yönetmeliği ile “kapsamlı ve somut şekilde” girmiştir. Gelişmiş ülkelerde sağlık hukuku alanındaki yasal düzenlemeler kanunlarla yapılırken, ülkemizde yönetmeliklerle düzenlenmiş ve has-



ta hakları koruma altına alınmıştır. **Sağlık hukuku alanında daha köklü reformlara ihtiyaç olduğu açıktır, dağınık mevzuat ve her sorunu, çıkarılan yönetmeliklerle giderme düşüncesi mevzuatı giderek daha da dağınık hale getirmektedir.**

Diğer taraftan hukukun gündemine son on üç yıldır girmeyi başaran-hasta haklarının, uygulamada hala vatandaş ve sağlık hizmeti kurumlar tarafından iyi bilinmemesi ve benimsenmemesi de ayrı ve mutlaka incelenmesi ve çözülmesi gereken bir sosyal olgu ve sorundur. **Ancak, bilinmelidir ki kullanılmayan haklar unutulur, kullanılmayan özgürlükler unutturulur.** Bu bağlamda STK'nın, Baroların, TTB'nin ve Üniversitelerin ve en başta da hükümetlerin sonsuz sorumluluk sahibi oldukları açıktır. **Vatandaşa inmeyen haklar ve özgürlükler sadece var olur, ama yaşamaları ve insanı yaşatmaları mümkün olmaz.**

### TARİHÇE

"Hasta hakları ile ilgili ilk çalışmaların ABD de başladığı kabul edilir".<sup>1</sup> Amerikan Hastaneler Birliğinin 1972 yılında yayımladığı Hasta Hakları Beyannamesi ile hasta hakları kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Yine **hastane enfeksiyonlarında** hizmeti veren kurumun veya doktorun sorumluluğunun da ilk olarak ABD de bilahare de Avrupa ülkelerinde tartışma konusu edildiği görülmektedir.

Hasta Hakları ile ilgili olarak 1981'de Dünya Tıp Birliği'nce yayınlanan Lizbon Bildirgesi, 1994'de Dünya Sağlık Örgütü Avrupa biriminin yayınladığı Amsterdam Bildirgesi, 1995'de yine Dünya Tıp Birliği'nin yayınladığı Lizbon Bildirgesi 2, 1997'de Avrupa Konseyi'nin yayınladığı İnsan hakları Biyo Tıp Sözleşmesi, 11 Ağustos 1998'de yayınlanan Hasta Hakları Yönetmeliğini yayımlamaya ülkemizi götürmüştür.

Lizbon Bildirgesi'nin 9. maddesinde **"Herkes, kişisel sağlığı ve uygun sağlık merkezleri hakkında bilgili tercih yapmasına yardımcı olacak sağlık eğitimi alma hakkına sahiptir. Eğitim, sağlıklı yaşam ve hastalıkların önlenmesi ve erken tanısına yönelik bilgi içermelidir. Herkesin kendi sağlığına yönelik sorumlulukları vurgulanmalıdır. Hekimler bu gibi eğitim aktivitelerinde yer almak zorundadırlar."** saptamasında bulunulmuştur. Buradan yola çıkarak **hastane enfeksiyonları konusunda da hastaların bilgilendirilmesi ve eğitilmesi görevi, hekimlere ait bir görevdir.** Bunun uygulamada yeterince dikkate alınmadığı, uygulanmadığı veya uygulanamadığı düşüncesindeyim.

1 SERT Gürkan -Hasta Hakları Uluslar arası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde -Eylül 2004 Babil Yayınları Shf.63)

Ülkemizde tedavi için hastaneye yatan kişilere aydınlatılmış onam verilirken, **hastane enfeksiyonu riskinden bahsedildiği pratikte pek de rastlanan bir durum değildir.** Bu durumda, aydınlatılmış onam şekli olarak vardır, ancak esasen yoktur. Kişisel kanaatime göre, hastane enfeksiyonu riskinden bahsedilmemesi durumunda açık bir hasta hakkı ihlali, hukuka aykırı bir girişim meydana gelmektedir. .Oysa, Amsterdam Bildirgesinin 2/2. maddesi” **Hastalar durumları ile ilgili tıbbi gerçekleri, önerilen tıbbi girişimleri ve her bir girişimin potansiyel RİSK veya yararlarını, önerilen girişimlerin alternatiflerini, tedavisiz kalmanın sonucunu, tanı, prognoz ve tedavinin gidişi konularını içerecek şekilde sağlık durumları konusunda tam olarak bilgilene hakkına sahiptir.**“ demektedir. Uygulamada hastane enfeksiyonlarının da (hiç değilse operatif işlemlerde) risk olarak hastalara anlatıldığı ve aydınlatma işleminin bu şekilde yapıldığı vaka sayısı son derece azdır. Oysa hekimlerin, sıklıkla karşılaşılan komplikasyonları kesinlikle hastaya söyleme zorunluluğu vardır. Elbette, bu hastayı ürkütmeden korkutmadan, hastanın psikolojisinin elverdiği ölçüde, anlayıcı biçimde ama mutlaka anlatılmalıdır ve aydınlatılmış onamda yer almalıdır, aksi halde hekimin sorumluluğu, en azından aydınlatılmış onam yönünden devam edecektir. Ancak hastanın bu konuda da aydınlatılmış onam vermesi hekimini rahatlatacaktır.

2007 yılında Sayıştay tarafından yapılan “Performans denetimi raporu”<sup>2</sup> ‘nda da yer aldığı gibi , **hastane enfeksiyonlarının görülme sıklığının** %5-15 arasında olduğu göz önüne alınırsa, (tıbbi çevrelerde genel kabul görme biçimiyle komplikasyon olarak nitelenen) hastane enfeksiyonları konusunda hastaların aydınlatılmış onamlarının alınması gereği açıktır. Zira hastane enfeksiyonlarının görülme oranı yadsınamayacak derecede büyüktür. **Özellikle Amerikan ve Alman hukuk sistemleri, bu konuda(hastane enfeksiyonları konusunda) son derece açık bir bilgilendirme görevini hekimlere yüklemiştir.**

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 6. maddesinde tedavi hizmetinin tedavinin, **tedavinin her aşamasında** adalete ve hakkaniyete uygun olması gerekliliği ortaya konmuştur. Bu sebeple, özellikle operatif girişimlerden sonra ortaya çıkan hastane enfeksiyonlarından da sorumluluğun, temelde hizmeti verende olduğu ilke olarak benimsenmelidir. Diğer taraftan hekim, çoğu zaman başarıyla tedavisini yapmakta veya ameliyatını ger-

2 TC Sayıştay Başkanlığı Performans Denetimi Raporu Hastane Enfeksiyonları ile Mücadele Aralık 2007

çekleştirmekte hasta bilahare **hastane enfeksiyonundan** kaybedilmektedir. Bu durum bilhassa operatif işlemlerde, ameliyatı yapan hekimin başarısını da gölgelemektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 11. maddesine göre” **Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.**” Amsterdam Bildirgesi'nin 5.3 maddesi” **Hastalar, hem yüksek teknik standartlar hem de sağlık personeli ile hastalar arasındaki insani ilişkiler bakımından kaliteli sağlık hizmeti hakkına sahiptir**” Lizbon Bildirgesi'nin 2'nin 1/d maddesi” **Kalite her zaman sağlık bakımının bir parçası olmalıdır. Hekimler medikal servislerin kalitesinin bekçileri olma sorumluluğunu kabul etmelidirler.**” demektedir. Hastane enfeksiyonlarının bir komplikasyon olarak kabul edilemediği durumlarda, bu maddelere aykırı bir hak ihlali olduğu da açık hale gelmektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 39. maddesinin 4. fıkrasında “ **Sağlık kurum ve kuruluşlarında, insan haysiyetine yakışır, gereken her türlü HİJYENİK şartların sağlanması, gürültünün ve rahatsız edici etkenlerin bertaraf edilmesi esastır. Gerektiğinde bu hususlar hasta tarafından talep konusu yapılabilir**” Oysa dünyada bir vakada, 1997 yılında bir hastanede, anjiyo olan hastaya delik kum torbası verilerek kateter yerinden kumun damar içine kaçmasına dahi neden olunduğu, hasta bunu belirttiğinde bu kere yastık kılıfı sarılan kum torbasını kateter yerine koymak zorunda kaldığı, hastaya kateter girişindeki kanülün çıkarılarak değiştirilmesi işleminin çıplak elle ve yattığı yerde hiçbir hijyenik önlem alınmadan yapıldığı, anjiyo sonrası kateter yerinden uzun süre sızıntı şeklinde kanama olduğu, kanın yatakta pıhtılaşmasına rağmen doktorun müdahale etmediği, bilahare müdahalede çok gecikildiği ve sonunda hastanın hastane enfeksiyonundan kaybedildiği görülebilmektedir. Bu durumda en azından, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 39. maddesinin 4. fıkrasının açıkça ihlal edilmesi söz konusudur.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 2. maddesinde “**Tabip, ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir. Tabip ve dış tabibi, hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, siyasi kanaatı ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda AZAMİ dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir.**” demektedir. Bu çerçevede hastane enfeksiyonları-

nın gelişmemesi, gelişmesi halinde acil önlemler alınması ve hastaların dikkatle izlenerek tedavilerinin en üst seviyede yapılması konusunda hekime büyük görevler düştüğünü ortaya koymaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 14. maddesi” **Personel, hastanın durumun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir...**” hükmünü getirmiştir. Tıbbi özenin gösterilmediği ve hastane enfeksiyonunun kaynağının da bu özenin gösterilmemesinin olması halinde bu durum bir **tıbbi malpractice** olarak değerlendirilebilir.

Amsterdam Bildirgesi'nin 1/6 maddesine göre” **Herkes hastalıkların önlenmesi ve sağlık bakımı için yeterli ölçüde çaba gösterilerek sağlığının korunması ve kendisi için edinilebilir en yüksek sağlık seviyesine kavuşma hakkına sahiptir.**” hükmünü getirmiştir. Bu da açıkça göstermektedir ki hasta iyileşmek için yattığı hastaneden hastane enfeksiyonundan korunma için gereken önlemlerin alınmaması sebebiyle büyük zarar görürse veya ölürse bu durum **tıbbi malpractice** olarak değerlendirilebilir. Ancak uygulamada her hastane enfeksiyonu vakasının bir **hasta hakkı** ihlali olup olmadığının tespiti kolay olmamaktadır. Kanaatimizce hastaneye yattığı anda bir enfeksiyon taşımayan hastada, hastaneden çıkarılsa bile, uluslar arası tıbbi kriterler ve kuluçka süreleri dahilinde enfeksiyon gelişmesi halinde bunun bir hastane enfeksiyonu olduğu düşünülmelidir. Bu takdirde geriye iki seçenek kalmaktadır; Bu bir tıbbi **malpractice** midir? Yoksa bir **komplikasyon** mudur? Bu soruya birçok parametre birlikte incelenerek, araştırılarak ve değerlendirilerek doğru cevap verilebilir.

### HASTANE ENFEKSİYONU NEDİR?

**Hastane Enfeksiyonu** hem bir hastalığın tedavisi sırasında meydana gelen ve o hastalığın peşine eklenen bir başka hastalıktır, hem de başlı başına ölümcül olabilecek bir bağımsız bir hastalıktır. Ancak temel olarak sağlık hizmetinin verilmesi sırasında veya sağlık hizmetinin verilmesinden hemen sonra ortaya çıkan enfeksiyonlar hastane enfeksiyonları olarak tanımlanmaktadırlar. “*Bu enfeksiyonlar genel olarak hastaneye yatıştan 48-72 saat içinde ortaya çıksa da, hastaneden taburcu olduktan sonraki 10 gün, operatif işlemlerden sonraki 1 ay, protez uygulamalarından sonra ise 1 yıl içinde de ortaya çıkan enfeksiyonlar da hastane enfeksiyonu olarak nitelendirilir*”<sup>3</sup>.

3 ÖZTÜRK Recep.İ.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri-HastaneEnfeksiyonları Korunma ve Kontrol-Sempozyum dizisi,No:60. Ocak 2008-Hastane Enfeksiyonları: Sorunlar, Yeni Hedefler ve Hukuki Sorumluluk- S: 23

ABD de yapılan istatistiki çalışmalara göre hastaneye yatan her yüz hastadan en az 3 en fazla 17'sinin bu enfeksiyona maruz kaldığı ortaya konmuştur. *"Hastane enfeksiyonları başta cerrahi uzmanlık alanları olmak üzere tıbbın her alanını ilgilendiren bir konudur. En sık görülenler, cerrahi alan enfeksiyonları, kan dolaşımı enfeksiyonları, pnömoni, üriner sistem enfeksiyonları, kardiyovasküler sistem enfeksiyonları, santral sinir sistemi enfeksiyonları, gastrointestinal enfeksiyonlar, kemik ve eklem enfeksiyonlarıdır."*<sup>4</sup>

Gelişmiş ülkelerde **hastane enfeksiyonlarından ölüm**, ilk 10 ölüm nedeni arasında yer almaktadır. Gelişmiş ülkelerde bu saptamanın yapılabilmemesinin nedeni gelişmiş istatistiki çalışma olanaklarına sahip olmalarıdır, geri kalmış veya az gelişmiş ülkelerde, ölüme neden olma sırasının daha da ön sıralarda olduğu düşünülmektedir, ancak yeterli istatistiki çalışma yapma olanağı olmadığından çoğunlukla tesbit edilememektedir.

### HASTANE ENFEKSİYONLARININ NEDENLERİ

Enfeksiyonun nedenini tespit etmek çoğu kez son derece güçtür. Bu sebeple de, çoğu kere hekimin, sağlık çalışanlarının veya kurumun sorumlu olup olmadığını tespit etmek de güçleşmektedir.

Hastane enfeksiyonları ekzojen (çapraz) ve endojen (self-oto) enfeksiyonlar olarak iki grupta değerlendirilir. Endojen enfeksiyonlar hastanın kendi florasından kaynaklanır. Örneğin hastaya kateter takılırken, yani damar içine bir müdahale söz konusu olduğunda, enfeksiyon oluşturan bakteri veya bakteri kümelerinin kan yoluna geçmesi ile hastane enfeksiyonu oluşabilir. Ekzojen enfeksiyonlar ise dışarıdan alınan mikroorganizmaların kan yoluna geçmesi ile oluşan enfeksiyonlardır.

*"Hastane enfeksiyonları için konak ( prematürelilik, ileri yaş, bağışıklık yetmezliği oluşturan ilaçlar/hastalıklar, invazif alet kullanımı, şişmanlık, yanık, travma), çevre (ameliyathane koşulları, hastanede onarım), tıp ve sağlık personeli (ameliyat ve invazif uygulamalar esnasında oluşan komplikasyonlar) gibi değişik risk faktörleri vardır"*<sup>5</sup>.

**Hastane enfeksiyonlarına** daha çok yeni doğan ve erişkin yoğun bakım ünitelerinde ve cerrahi sonrasında (post-op yoğun bakımlarda) rastlanmaktadır. İnvazif araç kullanımı, hastaların immun sistemlerindeki yetersizlikler (küçük-yaşlı veya bağışıklık sistemini etkileyen hastalıklara sahip olmaları gibi) operasyon sonrasında enfeksiyon ihtimalini erken düşünmemek, kan

4 ÖZTÜRK Recep. adı geçen makale,S: 23

5 Prof.Dr.ÖZTÜRK Recep, adı geçen makale,S: 23

kültürlerini belirtiler başlar başlamaz almamak (**yani teşhiste erken davranmamak**), tedavide uygun antibiyotikleri vermemek, enfeksiyon hastalıkları konsültasyonu istememek (**yani tedavide erken davranmamak**) ve kayıtları düzgün tutmamak hastalığın ortaya çıkmasını, gelişmesini ve bazen de bu olumsuzluklar nedeniyle ölümü getirmektedir. Bu noktada sormak gerekir, tüm bunlar yapılmadığından veya bazen de zamanında yapılmadığından ve hastane enfeksiyonu riski göz ardı edildiğinden dolayı hasta kaybedildiğinde, bu bir tıbbi malpractice midir? **Buna “hastane enfeksiyonudur, ölümcüldür, rutindir, hasta kaybedilebilir ” denebilir mi?..** Kısaca bu doğrudan komplikasyon olarak kabul edilebilir mi? Bizce edilemez. Zira hastanın hastalanması veya ölümü ile yapılan hatalar arasında ciddi bir illiyet bağı olup olmadığı araştırılmalı ve enfeksiyonun nedeni araştırıldıktan sonra yukarıda yazılı hususlar etkin ve zamanında yapılmadığından hasta zarar görmüşse tıbbi uygulama hatası olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple “Hastane enfeksiyonu hastaneye yatan herkes için bir komplikasyondur” denemez, hasta ölmek ya da hastalanmak için değil, iyileşmek için hastaneye yatmıştır. “*ABD de ödeme kurumları bası ülseri yarası enfeksiyonları, damar içi kateter enfeksiyonları, üriner kateter ilişkili enfeksiyonlar gibi hastane enfeksiyonlarını ödememeye başlamıştır. Fransa’da ekzojen hastane enfeksiyonlarına karşı hastalara tazminat ödemeye başlanılmıştır*”<sup>6</sup>.

**Hastane enfeksiyonları** nadir görülürse de bir hastanede yaşanan en önemli tıbbi problemlerdendir. Hastane enfeksiyonları en çok yoğun bakım üniteleri ile organ nakli ve yanık üniteleri, hemodiyaliz üniteleri ve immun sistem yetersizliği gösteren hastaların yattığı ünitelerde görülürken, bir yandan da, genellikle sık tekrarlanan işlemlerin yapıldığı veya alet kullanılarak yapılan işlemler sırasında yapılan hatalar sebebiyle ortaya çıkmaktadır. **Hastane enfeksiyonları meydana geldiğinde enfeksiyonun nedenini bulmak, daha fazla yayılmadan kontrol altına almak ve tekrarları önlemek amaç olmalıdır.**

Günümüzde hastane enfeksiyonlarının, tamamen görülme olasılığının ortadan kaldırılması mümkün olmasa bile, gelişmiş ülkelerde görülme sıklığı sifira yaklaştıkça, bu durum, tıbbi özen ve güvenliğin sağlandığını gösteren önemli bir göstergedir.

*Hastane enfeksiyonlarının ortaya çıkması için 3 faktörün olması gerekir;*

6 Prof Dr. ÖZTÜRK Recep, adı geçen makale S.26

- Mikroorganizmalar için bir KAYNAK

- Bu mikroorganizma ile kolonize veya enfekte olmaya hazır duyarlı bir KONAK

- Kaynaktan konağa mikroorganizmaların taşınmasında rol oynayan BULAŞ YOLLARI

Bu bulaş yolları içinde en önemlisi sağlık çalışanlarının elleridir. Hastane enfeksiyonlarının %20-40'ında kaynağın veya bulaş yolunun eller olduğu anlaşılmıştır. Bu yüzden, hastane enfeksiyonlarının önlenmesinde etkili, en eski, en basit ve en ucuz tıbbi uygulama el yıkamadır. Ne kadar pahalı ve sıkı önlemler alırsa alınsın el hijyenine uyum arttırılmadığı sürece para ve emek boşa gidecektir<sup>7</sup> Kısaca hastane enfeksiyonlarını önlemenin en önemli ayağı, el hijyenini sağlamaktır.

Hastane enfeksiyonuna neden olan mikroorganizmalar ile geçici flora oluşması ve bunların bulaş riskine ilişkin önleyici tedbirlerin alınmaması halinde salgının ortaya çıkması tıbben beklenmelidir.

Bazen sağlık çalışanları kontamine bir hastaya dokunarak bilahare ellerini yıkamadan bir başka hastaya dokunduklarında da bu hastaya bakterileri taşır ve o hastada da hastane enfeksiyonuna sebebiyet verebilirler, bazen de hastane dışı kaynaklardan hastane çalışanları, refakatçi ve ziyaretçiler yoluyla da taşınan patojenler hastane enfeksiyonlarına sebebiyet verebilmektedirler.

Kısaca; **hastane enfeksiyonlarının meydana gelmesinde en önemli ajanlardan biri, el hijyenine dikkat edilmemesidir.** Hastanelerde iş yükünün fazlalığı, personel ve zaman yetersizliği, hatta lavabo yetersizliği, hijyeni gerçekleştirirken elin tahriş olması ve hatta fiziki yetersizlikler gibi nedenlerle de el hijyenine, hala tam anlamıyla dikkat edilmemekte, gereken özen tam anlamıyla gösterilmemektedir. Oysa el yıkama ile ilgili eğitimlerin arttırılması, hastane enfeksiyonu oranının azaltılmasına tek başına basit ama etkin bir yoldur, bunun üzerinde önemle durulması gerekmektedir.

Son olarak tıbbi aletlerin bakımı ve sterilizasyonunda tıbbi kurallara uymama ve bu aletlerle yapılan invaziv girişimler sonucunda da hastane enfeksiyonları ortaya çıkabilmektedir.

7 GENCER Serap - İ.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp eğitimi Etkinlikleri -Hastane Enfeksiyonları Korunma ve Kontrol- Sempozyum Dizisi No:60, Ocak 2008, Shf. : 71.

Elbette hastane enfeksiyonlarının meydana gelmesini sağlayan nedenler tıbbi olarak çok daha fazla sayıdadır, ama önemli olan, nedenlerin ortaya çıkmasını önlemek için gereken önleyici tedbirlerin alınması, ortaya çıktığında derhal ve doğru teşhis ve tesbit, ardından tedavinin gecikmesizin ve doğru yapılmasıdır.

**Hastane Enfeksiyonları**, etkenlerin tesbit ve teşhisindeki güçlük sebebiyle çoğu zaman komplikasyon olarak kabul edilmekte ise de bu daha ziyade tıbbi bir saptamadır, her olayda hukuki saptama farklı olabilir.

### ÖNLENMESİ VE TESBİTİ

Enfeksiyona sebebiyet vermemek için operatif işlemlerden önce, özellikle her türlü **sterilizasyon** sağlanmalıdır. Hasta, hekim, ameliyathane ve çevresel koşullardaki **riskler** tamamen ortadan kaldırılmalıdır. Risk içeren durumlar olması halinde bu riskler özenle ortadan kaldırılmalıdır.

Hastane Enfeksiyonları **morbidite** ve **mortaliteyi** arttıran enfeksiyonlar olduklarından tedavileri de son derece maliyet yükleyen, hastanın yatış süresini uzatan enfeksiyonlardır. Bu sebeple hastane enfeksiyonlarından korunma ve kontrol son derece önemlidir. Yeterli ve disiplinli korunma önlemleri alarak, hastane enfeksiyonlarının görülme sıklığı, yaklaşık %30 oranında azaltılabilir. Hatta, son yıllarda bazı ülkelerde, özel eğitilmiş ekipler ile kontrol paketleri oluşturulup, yapılan özenli uygulamalar ile hastane enfeksiyonları sifıra yakın oranda görülmektedir.

Bu da göstermektedir ki “**hastane enfeksiyonları kader değildir**”, hastane enfeksiyonu önlenemez bir durum olduğundan, her olay kendi içinde değerlendirilmeli ve teknik şartlar dahilinde neyin **yanlış** yapıldığı veya **ihmal** olup olmadığı araştırılmalı, bu araştırmalar sonucunda ihmal (hata) varsa, tıbbi malpractice olarak kabul edilebilir olup olmadığına bakıldıktan sonra, tıbbi malpractice olarak kabulü halinde hastaların en kutsal hakları olan yaşam haklarının korunması amacıyla ihmali olanlar cezalandırılmalıdır. Her vakada yapılan doğru nedensellik araştırmaları ve tespitler, daha sonra hastane enfeksiyonlarının ortaya çıkma sıklığını da azaltmaktadır.

Hastane enfeksiyonlarının saptanabilmesi ancak güvenilir bir **sürveys sisteminin** olması ve sürveys çalışmasının aralıksız olarak sürdürülmesi ile mümkün olabilir. Düzenli işleyen bir sürveys sisteminin olması halinde tespit hızı davranılmış olunur, enfeksiyonun nedeni kolayca ortaya konur ve gereken önlemler alınarak enfeksiyonun yayılması önlenir ve ayrıca hastalığın bulaştığı kişilere de derhal müdahale edile-



bilir. Ancak düzenli sürveyans sistemi çalışmayan kurumlarda, tespit ve teşhiste hız kazanılamaz (ki bu tür enfeksiyonlarda hız çok önemlidir) hastalık yayılır, salgın halini alır, tesbit ve teşhis hızlı yapılamadığından, uygun tedaviye geçilemez: Bu durumda hasta diğer hastalardan izole edilemediğinde, bulaş riski artar ve kayıp büyük olur. Çoğu zaman gereken önlemler, fiziki yetersizlik sebebiyle de alınmamaktadır. Zira hastanelerin fiziki özellikleri, hastaların izole edilmesini güçleştirmekte ve bazen de imkansız kılmaktadır.

Kısaca; bir yoğun bakımda gelişen hastane enfeksiyonu varsa, bunun tespitinde bazı vakalarda geç kalındığı gibi, vaka ortaya çıktığında hasta kişi diğerlerinden çoğu zaman ayrılmadığından (fiziki yetersizlikler sebebiyle), izole edilmediğinden diğer kişilere de bulaş riski artmakta ve hatta bütün bir yoğun bakım kısa zamanda **kontamine** olmaktadır.

Hastane enfeksiyonları, alt yapının iyi düzenlenmesi, yeterli sayıda sağlık personeli, sürveyans, eğitim, tüm kontrol ve korunma önlemlerine uyum, invazif uygulamaların azaltılması, damar içi kateter ve diğer invazif aletlerin eğitilmiş personel tarafından kontrolleri kuralına uygun olarak yapılarak takılması, bakımı ve kontrolü, **doğru ve yerinde antibiyotik** kullanımı ile ciddi manada azaltılabilir.

Hastane enfeksiyonları sadece hastalar için değil, hekimler ve diğer sağlık çalışanları ve hatta ziyaretçiler, refakatçiler için bile ciddi tehdit oluşturabilir. Bu hedenle hastane yönetimi tarafından bu kişilerin de hastane enfeksiyonlarından korunmaları için gereken önlem alınmalıdır. Aşağıda yazılı hususlara riayet edilmesi halinde hem hastane enfeksiyonlarının görülme sıklığı azalacak, hem meydana çıkması halinde mortalite ve hastanede ek yatış süresi azalacak ve buna bağlı maliyet azalacak, hem de hastane ve hekimin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır;

a) Hastane içinde **sterilizasyon ve dezenfeksiyon** kurallarına eksiksiz uyulmalıdır.

b) Sürekli ve etkili **sürveyans** programı yapılmalıdır.

c) Enfeksiyon **kontrol komiteleri** etkin ve yerinde çalışmalı, kontrol ve korunma ile ilgili gerekli talimat ve rehberler ayrıntılı ve anlaşılır olarak hazırlanmalı ve bunların uygulanması için gereken eğitim ve denetimler sıkı bir şekilde yapılmalıdır. Kurumlar, hekimler ve sağlık çalışanları standartlara, talimat veya protokollere eksiksiz uymalıdır.

d) Hastane enfeksiyonundan şüphelenildiğinde **tanısı acilen konul-**

**malı** ve gereken **tedavi** de, tanıya uygun olarak, **eksiksiz ve isabetli** olarak uygulanmalıdır.

e) **İyi klinik ve laboratuvar** uygulamaları süreklilik arzeder şekilde yapılmalıdır.

f) **Hastane çalışanlarının** enfeksiyondan **korunmaları** için gereken her türlü önlem alınmalıdır

g) **El yıkama** son derece önemlidir, kurallara uygun olarak el yıkama işlemlerinin yapılıp yapılmadığı sıkı bir şekilde **denetlenmelidir**.

h) **Hastane fiziki yapı** itibariyle ( cihaz, malzeme ve çalışanlar) uluslar arası ve ulusal standartlara uygun bir şekilde hizmet vermelidir.

ı) **Hastanenin temizlik**, tıbbi atıkların ortamdaki uzaklaştırılması konusuna hassasiyet gösterilmelidir.

i) **Hastanede yapılacak tamiratlar** sırasında hastane enfeksiyonları olasılığı dikkatle izlenmeli ve gereken tedbirler alınmalıdır.

j) **Hastanın veya yakınlarının** hastane enfeksiyonları

konusunda da ayrıntılı olarak **bilgilendirilmesi** ve buna ilişkin **aydınlatılmış onamının** da alınması gereklidir.

*“Sağlık Bakanlığı bünyesinde hastane enfeksiyonlarının kontrolüne yönelik ulusal düzeydeki çalışmalar Tedavi Hizmetleri Genel müdürlüğü Hemşirelik Hizmetleri Daire Başkanlığı ve Refik Saydam Hıfzıshha Merkezi Başkanlığı Ulusal Hastane Enfeksiyonları Sürveyans ve Kontrol Birimi tarafından Hastane Enfeksiyonları Danışma Kurulu görüşleri, kararları doğrultusunda yürütülmektedir”<sup>8</sup>.*

Yataklı Tedavi Kurumları Enfeksiyon Kontrol Yönetmeliği'ne göre, başhekimlik, hastanede görevli bir enfeksiyon hastalıkları ve klinik mikrobiyoloji uzmanını, hastanenin **Enfeksiyon Kontrol Hekimi** olarak görevlendirecektir. Hastane Enfeksiyonlarının önlenmesi için alınması gereken tüm tedbirleri almak, eğitimleri vermek ve denetlemek bu hekimlerin görevleri arasındadır. Ayrıca Enfeksiyon Kontrol **Hemşireleri** de bu hekime bağlı olarak çalışırlar. Ayrıca yine Bakanlığa bağlı olarak çalışan **Hastane Enfeksiyonları Bilimsel Danışma Kurulu** da oluşturulmuştur. Hastane Enfeksiyonlarının kontrolüne yönelik yapılan çalışmalar bu kurulun kararları doğrultusunda gerçekleştirilmektedir.

8 ERTEK Mustafa-İ.Ü Cerrahpaşa Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Hastane Enfeksiyonları Korunma ve Kontrol-Sempozyum Dizisi No:60 Ocak 2008 Shf:10

Enfeksiyon Kontrol Programları gereği gibi yapıldığında hastane enfeksiyonlarının görülme oranı azalmaktadır. “Türkiye de yapılan bir çalışmada da etkili bir enfeksiyon kontrol programı ve eğitimi ile üç yıl içerisinde HE sıklığının önemli düzeyde azaldığı(HE oranları; 1991 yılında %8.96, 1992 yılında %5.36, 1993 yılında %3,22 olarak bulunmuş) ve sonuçların istatistiki olarak anlamlı olduğu görülmüştür.” Bu da göstermektedir ki etkili bir çalışma ile “kader” olmayan bu tablonun da değişmesi mümkündür.

**Antibiyotik Kontrol Komiteleri** de son derece önemlidir. Antibiyotiklere karşı gelişen **direnc**, hastane enfeksiyonlarının meydana gelmesinde en önemli etkenlerden biridir. Antibiyotik Kontrol Komitelerinin kurulması ve görev yapması düşük bir maliyet getirmektedir. Oysa, hastane enfeksiyonları sonuçları itibarıyla maddi ve manevi büyük maliyetler getirmektedir. Bu sebeple antibiyotik kontrol komitelerinin de hastane enfeksiyonlarının önlenmesinde son derece önemli bir yeri vardır.

Hastane enfeksiyonlarının önlenmesinde sürveyans sistemi son derece önemlidir. Sürveyans sisteminin ideal şekilde çalışmamasında, personelin hastane enfeksiyonlarını gizli tutma isteği çoğu zaman etkili olmaktadır. Cezalandırılma korkusu ile zamanında bildirilmeyen tehlikeler, gerçekleştiğinde çok daha ağır kayıplara neden olmaktadır.

Ağustos 2007’de Refik Saydam Hıfzısıhha Merkezi Başkanlığı bünyesinde “**Ulusal Hastane Enfeksiyonları Sürveyans Sistemi**” yazılımı ulusal düzeyde kullanıma açılmıştır. Yataklı tedavi kurumları, hastane **enfeksiyon hızları** ve sürveyans sonuçlarını her yıl şubat ayı sonuna kadar Bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler.

Bu enfeksiyonların meydana gelmesinin önlenmesi, meydana geldiği takdirde teşhis ve tedavisinin kısa sürede yapılabilmesi için yapılan hastane **enfeksiyon kontrol programları**, sağlık hizmetleri açısından son derece önemlidir. Burada da ifadesini bulduğu gibi, **hastane enfeksiyonlarının önlenmesi ve tedavisi bir sağlık hizmetidir. Bu hizmetin eksik, geç ya da hatalı verilmesi ve hastanın bu sebeple zarar görmesi halinde doğaldır ki hizmeti verenler, hastaya karşı sorumludurlar.**

*“Hastane enfeksiyonlarının meydana gelmesinde etken olan materyel ve işlemlerden sadece ilaç kullanımı ve özellikle antibiyotik kullanımı parametrik olarak en iyi takip edilebilen **parametre** iken, diğer parametreler iyi*

9 YALÇIN Ata Nevzat- Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi Klinik Mikrobiyoloji ve Enfeksiyon hastalıkları Anabilim Dalı-Hastane Enfeksiyonları Maliyet Analizi.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri- Hastane Enfeksiyonları Korunma ve kontrol Sempozyum Dizisi No:60 Ocak 2008 Shf: 20

takip edilememektedir. Hastane enfeksiyonlarının yasal boyutu, kişinin aile ve işinden uzak kalması, mortalite oranları da iyi takip edilememektedir.<sup>10</sup> Mortalite oranlarının iyi takip edilememesinin nedenlerinden biri de, halkımız arasında otopsi işlemine sıcak bakılmaması, kayıtların düzgün tutulmasına dikkat edilmemesidir.

Hastane enfeksiyonları **hastane giderlerini** arttırmaktadır. **Yatış süresini uzatmaktadır.** “Hastane enfeksiyonları’nun getirdiği ek mortalite oranları %4 ila %33 oranında değişmektedir. Değişik çalışmalarda en yüksek mortalite oranlarının özellikle nozokomiyal pnömoniler sonrası ortaya çıktığı bildirilmektedir.”<sup>11</sup> Bu da maliyet artışı, iş gücü kaybı bir yana, mortalite sebebiyle toplumda manevi bir çöküntüye neden olmaktadır.

Enfeksiyon kontrol önlemlerinin artırılması ile hem maliyet kaybı ve bu nedenle ekonomiye binen yük azalacaktır, hem de **sağlıkta güvenlik ve kalite** artacaktır.

Hastane enfeksiyonlarının tamamen ortadan kalkması söz konusu olmasa da, etkin bir eğitim ve kontrol programı ile **ek maliyet, uzun hastanede yatma süresi ve ölüm oranlarını azaltmak** mümkündür. Diğer taraftan hastane enfeksiyonlarının bir “kader” olarak kabullenilmesinden uzaklaşıldıkça, nedenlerini araştırmak, önleyici tedbirler almak ve sifıra yakın oranları yakalamak mümkün olabilecek ve hastaneye ölmeye değil, yaşamlarını sürdürmeye gelmiş olan hastalar tedavilerini tamamlayarak topluma yeniden katılacaklar ve böylece toplumsal iş gücü ve maliyet kayıplarının önüne geçilmesi bir yana, diğer taraftan toplumsal motivasyon da artacaktır.

## TEDAVİSİ

Hastane enfeksiyonlarından korunma güçlüğü kadar, ortaya çıkması halinde **tedavisi de son derece pahalı ve güçtür.** Zira Hastane enfeksiyonları çeşitli nedenlerle görülebilmekte, tablonun gelişmesi halinde tedavisi de, tabloya neden olan **mikroorganizmaların direnci** sebebiyle son derece güç olmakta ve büyük maliyetlere sebebiyet vermektedir. Çoğu zaman ölümlere kadar gidebilen bu tabloda, geniş etki alanlı antibiyotikler kullanılmak zorunda kalınmakta ve bu sebeple **antibiyotik direnci** kontrolsüz biçimde bazen daha artmaktadır.

10 YALÇIN Ata Nevzat –Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi Klinik Mikrobiyoloji ve Enfeksiyon Hastalıkları Ana bilim dalı-İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi etkinlikleri Hastane Enfeksiyonları Korunma ve Kontrol Sempozyum Dizisi Hastane Enfeksiyonları Maliyet Analizi S. 16

11 YALÇIN Ata Nevzat –Adı geçen makale Shf: 17-18

**Hastanelerin fiziki şartları** yetersiz olduğundan hastaların birbirinden ayrı tutulması söz konusu olamamakta, gerekli **izolasyon ve dezenfeksiyon tedbirleri** uygulanamadığından enfeksiyonun yayılımı kolaylaşmaktadır.

Tedaviye alınan hastalar enfeksiyona neden olan mikroorganizmanın türüne ve direncine göre 3 ila 22 gün arasında ortalama tedavi görmekte iseler de bu hastaların tekrar hayata dönebilmeleri oldukça uzun ve masraflı bir tedavi gerektirmekte ve bazen de hastalar kaybedilmektedir.

### MEVZUAT

Hastane enfeksiyonları ile ilgili ilk yasal düzenlemeler Tababet Uzmanlık Yönetmeliği ile Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nde yer alır.

22/5/1974 tarihli **Tababet Uzmanlık Yönetmeliği'nde** "tedavi kurumlarında bir enfeksiyon komitesinin kurulacağına, komitenin kimlerden oluşacağına ve faaliyet alanlarına "dair hükümler yer almıştır. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nde ise "yoğun bakımlar ameliyathaneler, reanimasyon ve merkezi sterilizasyon üniteleri, personel sağlığı gibi konularda alınması gereken kontrol önlemlerine" yer verilmiştir. Bu yönetmeliğin 30.maddesi 5/5/2005 tarihli RG de yayımlanan "**Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nde** değişiklik yapılmasına dair yönetmelik ile değiştirilmiş ve "İlçe hastaneleri ve gün hastaneleri hariç yataklı tedavi kurumlarında hastane enfeksiyonları ile ilgili sorunları tespit etmek, çözümlerine yönelik faaliyetleri düzenleyip yürütmek ve kurumlar düzeyinde alınması gereken kararları gerekli yerlere iletmek üzere enfeksiyon komiteleri kurulur. İlçe hastanelerinde ve gün hastanelerinde ise enfeksiyon kontrol sorumlusu belirlenir." hükmü getirilmiştir. Son olarak da 20/7/2011 tarihinde RG de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan **Yataklı Sağlık Tesislerinde Yoğun Bakım Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ**'in 5 ve 6. maddeleri ile "Yoğun bakım servislerinde fiziki altyapı, konum ve sağlık tesisi içerisindeki diğer birimlerle olan fonksiyonel ilişkileri bakımından uyulması gereken şartlar" ortaya konarak bir çok parametrenin düzenlenmesi ile hastane enfeksiyonlarının da önüne geçilmesi sağlanmaya çalışılmıştır.

İlk enfeksiyon kontrol komitesi 1984 yılında Hacettepe Tıp Fakültesi'nde, sonra 1985 yılında İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesinde kurulmuş olup, 1989 yılından itibaren de bazı üniversite ve büyük hastanelerde kurulmuş ve faaliyetlerine başlamışlardır.

Ayrıca 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Tarzı İcrası hakkında Kanun ile Tıbbi Deontoloji Tüzüğü de uzun yıllar bu sahada yasal mevzuat zeminini oluşturmuşlarsa da 1998 yılında yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliği, daha genel bir biçimde hasta hakları ile ilgili hükümler getirmiştir.

**Sağlık Bakanlığı**, 3/9/2004 tarihinde Ankara Refik Saydam Hıfzısıhha Merkezi Başkanlığı'nda konuyla ilgili bir toplantı yapılmasına öncülük etmiştir. Bu toplantıya Eğitim ve Araştırma Hastaneleri, Tıp Fakülteleri ve ilgili dernekler ile Sağlık Bakanlığı bünyesinde çalışan bilim adamları katılmışlardır. Bu toplantıda bir alt komisyon kurulmasına karar verilmiş ve alt komisyonun yaptığı çalışmalar sonrasında da 11/8/2005 2005 tarihinde Yataklı Tedavi Kurumları Enfeksiyon Kontrol Yönetmeliği yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelikle mevzuatımıza **“enfeksiyon” izleme, önleme ve kontrol** tabirleri daha somut olarak girmiştir.

Bu yönetmelikten sonra bu kez de 20/02/2006 tarihinde Sağlık Bakanlığının oluru ile **“Hastane Enfeksiyonları Bilimsel Danışma Kurulu”** oluşturulmuştur. Bu kurulun kararları doğrultusunda da 18/11/2006 tarihinde **“Enfeksiyon Kontrol Hemşirelerinin Eğitime ve Sertifikalandırılmasına Dair Tebliğ”** yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu tebliğ, Enfeksiyon Kontrol Hemşireliği eğitimi verecek eğitim merkezlerinin eğitim faaliyetlerini, eğitim verecek kişileri ve bu merkezlerde eğitim verilecek enfeksiyon kontrol hemşirelerinin eğitimini düzenlemektedir.

16/5/2007 tarihinde **“Hastane Enfeksiyonları Bilimsel Danışma Kurulunun Teşkili, Görevleri ile Çalışma usul ve Esasları Hakkında Yönerge”** yürürlüğe girmiştir. Bu yönergeye istinaden de bakanlık onayı ile “Hastane Enfeksiyonları Bilimsel Danışma Kurulu” yeni üyeleri görev başlamıştır. **Hastane enfeksiyonlarının ülke genelinde kontrolüne ilişkin tüm çalışmalar Bilimsel Danışma Kurulu kararları çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.**

11 Ağustos 2005 tarihinde yayınlanan “Yataklı Tedavi Kurumları Enfeksiyon Yönetmeliği” ile hastane enfeksiyonlarının hukuki açıdan değerlendirilip, sorunların ortaya çıkmaması veya ortaya çıkması halinde çözümü için yasal zemin oluşturulmuştur. Konumuz açısından bakıldığında 11 Ağustos 2005 tarihinde yayımlanan “Yataklı Tedavi Kurumları Enfeksiyon Kontrol Yönetmeliği”, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de yaklaşık 30 yıldır gündemde olan hastane enfeksiyonu konusunu yasal zemine kavuşturmuştur. Gelişmiş ülkelerle kıyaslandığında hastane enfeksiyonlarının tanı ve tedavisine ve en önemlisi de hastaların hastane

enfeksiyonlarından korunmasına gereken önemi uzun yıllardır vermediğimiz ortadadır. Bu konu uygulamada ve halk arasında genel olarak “kader” olarak değerlendirilmişse de, gelişmiş ülkelerde bu konu üzerinde yıllardır önemle durulmuş, en önemlisi de hastane enfeksiyonlarının önlenmesi konusunda usul ve yöntemler ile alınması gereken tedbirler tıp bilimi açısından ortaya konmuştur. Bu noktada **ülkemizin de yeniden bir şeyi keşfetmesi değil, tıp bilimi içinde kabul görmüş önlemleri alması ve alınan önlemleri sıkı denetlemesi ve tedbirler alması ile enfeksiyonların önüne geçebilmesi mümkündür.**

20/7/2011 tarihinde yayımlanan “**Yoğun Bakım Tedavi Hizmetleri Yönetmeliği**” de uygulamada görülen aksaklıkları gidermek için mevzuatımızdaki yerini almıştır. Ayrıca anılan yönetmeliğin 11. maddesinde”**Enfeksiyon Kontrolü**”, 12. maddesinde”**İzolasyon Odası**”, 13. maddesinde”**Güvenlik Önlemleri**” başlıkları altında, aslında hastane enfeksiyonları ile ilgili çalışmalara yer verilmiştir.

Uzun yıllardır ihmale uğramış bu konu hakkında sonunda 2005 yılında yayınlanan “Yataklı Tedavi Kurumları Enfeksiyon Yönetmeliği” ile oluşan yasal zemine daha ayrıntılı bir bakış açısı getirilmiş ise de , bu tarihten sonra yapılmış net ve güvenilir fazla bir istatistiki çalışma olmadığından uygulamada getirdiği sonuçlar üzerinde analiz yapma imkanı bulunamamaktadır. Bu konuda yalnızca Sayıştay Başkanlığı tarafından 2007 yılında, yani yönetmeliğin yayımlanmasından 2 yıl sonra kapsamlı ve ayrıntılı bir performans denetimi çalışması yapılmış ve aynı adla TBMM’ne sunulmuştur. Bu rapora göre eksiklikler ve yapılması gerekenler şu şekilde belirlenmiştir;

“ -- Ülke genelinde **stratejik bir mücadele planının halen oluşturulmamış olması**

-- Yine ülke genelinde **bir maliyet analizinin yapılmamış olması,**

-- **Sürveyans uygulamalarındaki eksiklikler,**

-- **Denetim ve koordinasyon eksikliği,**

-- **Alt komitelerde yetersizlik ,**

-- Hastanelerde **enfeksiyon kontrol programlarının yokluğu veya yetersizliği,**

-- **Veri analizi ve geri bildirimlerde standartların belli olmaması,**

-- Hastane **personelin eğitimsizliği ve yetersizliği,**

- **Antibiyotik kontrol** politikalarındaki yetersizlik,
- **Klinik mikrobiyoloji** hizmetlerinde yetersizlik,
- **Enfeksiyon kontrol talimatlarının yokluğu veya eksikliği,**
- **Dezenfeksiyon ve sterilizasyon sorunları** ve ayrıca **enfeksiyon komitelerinin** aldıkları kararları uygulamada yaşanan sorunlar,
- Hastane birimlerinde **yapı sorunları,**
- **Sağlık çalışanları ile hasta ve hasta yakınlarının yetersiz eğitimi**" <sup>12</sup>.

Sayıştay'ın yaptığı inceleme sonucunda belirlediği bu sorunlar giderilmeden, sadece yasal mevzuatla hastane enfeksiyonlarından korunmayı beklemek hayalciliktir... Yukarıda yazılı olumsuzlukların giderilmesi için de bütçe gerektiği açıktır. Oysa Sağlık Bakanlığı tarafından bu konuya ayrılan bütçe belli değildir ve görünen o ki eksiktir, ihtiyacı karşılamaktan uzaktır. Bu gün için Sağlık Bakanlığı Bütçesi'nin ne kadarının hastane enfeksiyonlarının önlenmesi konusunda alınması gereken tedbirlere ayrıldığı da, net bir biçimde ortaya konmamaktadır.

### HASTANE ENFEKSİYONUNUN HUKUKİ DEĞERLENDİRİLMESİ

**Dünya Tabipler Birliğinin** 1992 tarihinde düzenlediği 44. Genel kurulunda "**Tıpta Yanlış Uygulama**" konusu ele alınmış ve Genel Kurul sonucunda yayımlanan duyuruda tıbbi uygulama hataları "**Hekimin tedavi sırasında denenmiş-standart uygulamayı yapmaması, veya beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi sebebiyle oluşan zararlar**" olarak nitelenmiştir.

**"Türk Tabipler Birliği'nin yayınladığı ETİK İLKELER'e göre; bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi HEKİMLİĞİN KÖTÜ UYGULAMASI - MALPRACTİCE anlamına gelir."**<sup>13</sup>.

Hastane enfeksiyonları, başka bir hastalıktan şifa bulmak için hastaneye yatan hastada görülen ve hastadan kaynaklanmayan bir hastalık türüdür. Bu durumda kusur ve sorumluluk açısından bakıldığında çoğu kere hastanın kusurunun olmadığı açıktır. Zira hasta, hastaneye yatma-

12 TC Sayıştay Başkanlığı Performans Denetimi Raporu Hastane Enfeksiyonları ile Mücadele Aralık 2007

13 KICALIOĞLU Mustafa Yargıtay 4.HD. Başkanı-Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları-Ocak 2011-Turhan Kitabevi-Shf: 47



sa, zaten bu hastalığa da yakalanmayacaktır. **Bu bir tali hastalık halidir** ve bu hastalık sebebiyle meydana gelen zarar da tali bir zarardır. Ancak uygulamada çoğu kere bu hastalık ve oluşturduğu zarar asıl hastalığın ve onun zararlarının dahi önüne geçmekte ve hastalarda organ kaybına, maluliyetlere veya ölüme sebebiyet vermektedir.

*“Tedavi dolayısıyla oluşan ikincil zararlar, tedavinin yanlış yapılması değil; tedaviye yönelik işlemlerin, işlemler sırasındaki eylemlerin yanlış ya da ihmalkarca yapılmasından kaynaklanır. Örneğin başarılı bir ameliyat geçiren hastanın, hastane ameliyathanesinde var olan enfeksiyon sebebi ile sepsise girip enfeksiyondan ölme hali dolaylı(ikincil) zarar olarak nitelendirilebilir.*

*Hukuki yönden bakarsak, tedavi sırasında oluşan ikincil zararların, hastaneye kabul sözleşmesi ya da hekimlik sözleşmesindeki, TIBBİ UYGULAMALARIN ÖZENLİ VE DİKKATLİ ŞEKİLDE GERÇEKLEŞTİRİLMESİ asıl ediminin yanında, yan edim olarak nitelendirebileceğimiz , HASTAYA ZARAR VERMEME ediminin ihlalini oluşturduğu düşünülebilir.*

*Sonuç itibariyle, hukuk uygulamasında, ceza ve tazminat sorumluluğu bakımından takdiri artırım nedeni sayılabilecek olan tedavi nedeni ile oluşan ikincil zararların önemi; bu zararların önlenmesine yönelik tedbirlerin alınması amacıyla gerçekleştirilecek **hasta güvenliği ve kalite** çalışmalarının arttırılmasında yatmaktadır. Zira, Hasta Güvenliği, hastanın sağlık kurumuna girdiği andan itibaren uğrayabileceği her türlü zararın önlenmesini, tedavi amacı ile geldiği kurumda zarara uğramamasını amaçlar”<sup>14</sup>.*

### **Peki hastane enfeksiyonlarının meydana gelmesi halinde hukuk sistemi kusurluyu, sorumluyu nasıl bulacaktır?**

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 9/4/2002 tarihli 2002/1376 esas ve 2002/3840 karar sayılı ilamına göre; *“Davacı, davalı hastanede kroner anjiyografi olduğunu, bundan birkaç gün sonra sağ bacağında şişme ve morarma meydana geldiğini, neticede yapılan anjiyografi sırasında **davalı hastaneden hastane mikrobu kapıldığını anlaşıldığını** ve ayağının kesildiğini ileri sürerek 2.000.000.000 TL maddi ve 10.000.000.000 TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir.*

*Davalı, davacının şeker hastası olduğunu ve hastane mikrobunu başka yerden kapmış olabileceğini savunarak davanın reddini dilemiştir.*

14 SAVAŞ Halide-Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları-Tıbbi Malpraktis ve Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları-Ankara 2011 Seçkin yayınları Shf 67-68

*Mahkemece, Yüksek Sağlık Şurası rapor ek ve ek raporunda ibraz edilen deliller tek tek ele alınıp irdelenmemiş, davacıya 25/3/1998 **gününde davalı hastanede yapılan anjiyografi sırasında davacının hastane mikrobiyoloji kapı kapmadığı ve bunun sonucunda ayağının kesilip kesilmediği, yapılan anjiyografi eylemi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı açıkça ortaya konulup tartışılmamıştır.** Rapor gereksiz olup, hükme elverişli değildir. Öte yandan Yüksek Sağlık Şurası raporları ceza mahkemeleri yönünden bağlayıcı olup, hukuk hakimini bağlayıcı olacağına ilişkin bir yasal düzenleme de yoktur. Öyleyse mahkemece, davacının rapora itirazları da göz önünde bulundurularak dosyanın yeniden konusunda uzman bilirkişi kuruluna veya Adli Tıp kurumuna gönderilerek taraf ve Yargıtay denetimine elverişli gerekçeli rapor alınmalı sonucuna göre karar verilmelidir. Bu hususun göz ardı edilerek yetersiz ve gereksiz Yüksek Sağlık Şurası raporu esas alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.*

**SONUÇ :** Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 9/4/2002 gününde oybirliği ile karar verildi.”

Bu karar eski tarihli bir karardır ama buna rağmen Yüksek mahkeme Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınmasını hukuk mahkemesinden istemiştir.,

Bu hususta bir Anayasa Mahkemesi kararına da değinmek gerekir; **22/10/2010 tarihli ve 27737 sayılı RG de yayımlanan, Anayasa Mahkemesi'nin 2009/69 E ve 2010/79 K. sayılı 3/6/2010 tarihli kararı ile 1219 sayılı Tababet kanununun 75. maddesi iptal edilmiştir. Bu değişiklikten itibaren artık Yüksek Sağlık Şurasının tıp ceza hukuku davalarında da zorunlu bilirkişilik kurumu olma niteliği ortadan kaldırılmıştır.**

Bu karar da göstermektedir ki her vakada, **vakaya sebebiyet veren etken ile sonuç arasındaki illiyet sıkı bir şekilde araştırılmalıdır.** Ancak ortada bir gerçek vardır: Hastane enfeksiyonlarında hastanın sorumluluğuna veya kusuruna hemen hemen hiç rastlanmaz. Bu durumda soru şöyle olmalıdır: Bu enfeksiyonun meydana gelmesi bir komplikasyon mudur? Yoksa bir tıbbi uygulama hatası mıdır?

Bu noktada komplikasyon “önceden oluşması ihtimali olan ve bilinen ama istenmeyen sonuç”tur. Buna göre **hekime izin verilen bir risk ala-**

nı vardır. Bu risk alanı içinde olumsuz ihtimallerin de olduğu hekim tarafından bilinmekte ancak bu olumsuz sonuçlar hekim tarafından istenmemekte ve bununla ilgili tüm önlemler eksiksiz ve objektif olarak alınmaktadır. Buna rağmen istenmeyen sonuç meydana geldiğinde bu komplikasyondur. Hekimin kusuru yoktur.

**Tıbbi uygulama hatası ise” Objektif tıbbi bilgiler çerçevesinde alınacak tedbirlerle önlenebilecekken, bunların yapılmaması, ihmal edilmesi veya önemsenmemesi, savsaklanması sebebiyle meydana gelen zararlı durumlardır.” Bu sebeple istenmeyen sonuç meydana geldiğinde bu tıbbi uygulama hatasıdır. Hekim kusurludur. (Bu noktada sadece hekimin sorumlu tutulması bizce eksik ve yanıltır. Dünya Tabipler Birliği de 2002 yılı Genel Kurulu sonucunda yayınladığı Hasta Güvenliği Bildirgesi’nde meydana gelen sonuçtan, sadece hekimlerin sorumlu olmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Zira hastane enfeksiyonları aynı zamanda sağlık hizmetini sunan sistemin çeşitli kalem ve kademelerinde yapılan veya yapılmayan eylem ve işlemlerin bütününden kaynaklandığından kurumsal sorumluluktan da söz edilmelidir) Tıbbın en önemli kurallarından olan “Önce zarar verme!” ilkesi göz ardı edilmemelidir.**

Tüm bu kriterler çerçevesinde; Uzun yıllardır tartışılan, varlığı tıp bilim çevrelerinde kabul edilen, nedenleri, ortaya çıkış sebepleri, önlenmesi konusunda etkin çalışmalar yapılan hastane enfeksiyonlarının “alınacak tedbirlerle önlenebilecekken” önlenememesi sebebiyle, hastalarda tali zararlara sebebiyet vermesinin sorumlusunun hastanın kendisinin olma olasılığı düşüktür. Bu noktada 27/3/1957 günlü İBK’na göre “ölene yükletilebilecek bir kusur yoksa, davalının çalıştırıldığı idare, kusursuz olsa bile zararlı sonuçtan sorumludur” denmektedir. İBK’nın bakış açısıyla hastane enfeksiyonlarına bakıldığında, hasta dışındaki kişilerin, kusursuz olsa bile sorumlu oldukları sonucuna varmak da mümkündür. Diğer taraftan, her olayda hastane enfeksiyonlarının önceden tahmin edilemeyen ve bu sebeple önlenemeyen zararlı bir durum yarattığı da, standart tıp uygulamaları ve tıp biliminin geldiği nokta göz önüne alındığında söz konusu edilememelidir. Ancak tekrar ifade etmek gerekir ki her türlü önlemin alınmasına rağmen hastane enfeksiyonlarını tamamen ortadan kaldırmak de mümkün değildir.

Yargıtay 13. HD’nin 21/1/2002 tarihli ve E. 2001/10959, K. 2002/487 sayılı kararında “*Dosyadaki bilgi ve bulgular değerlendirildiğinde; yapılan ameliyatın doğru olduğu, ameliyat sonrası enfeksiyonun gelişmesi beklenen bir komplikasyon olduğu, bu nedenlerle hastane ve görevli doktorların*

*kusursuz oldukları” belirtilmiştir. Raporunda, somut olaydaki kırıkta, tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun teşhis ve tedavi yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığı, bu konuda yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda özen gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle, yapılanın uyuşup uyuşmadığı açıklamalarına yer verilmemiştir. Bu nedenle rapor yetersiz olup, hükme dayanak yapılamaz” denmektedir. Görüldüğü gibi komplikasyon-tıbbi uygulama hatası ayırımını yapmak zordur. **Her olayda etken patojenlerin ortaya çıkış serüveninin incelenmesi, hekim ve diğer sağlık çalışanları ile hastane personelinin, kurumsal olarak hastanenin olumlu veya olumsuz eylem ve işlemlerine bakılması ile sorumlu ve varsa kusurlu tespit edilecektir.***

Yargıtay 13. HD'nin 5/4/1993 tarih ve 1993/131 E. 1993/2741 sayılı kararında “Gerçekte de; doktor hastasına uygun tedaviyi tavsiye etmek ve gerekli her türlü tedbirleri alarak işi yapmak ve tamamlamak zorundadır. Özellikle, müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının gerektirdiği bütün önlemleri almalı, bu tip sonuçlar nadir görülebilecekse hastayı aydınlatıp uyarmalı ve onun rızasını muhakkak surette almalıdır. ameliyatta rizikoları, muhtemel hasil olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından savunulmamış ve kanıtlanmamıştır” denmektedir. Gerçekten de uygulamada hastaların **aydınlatılmış onamları** alınırken, hastalara somut olarak **hastane enfeksiyonları** hakkında bilgi verilmediği düşünülmektedir. Bu sonuca varmamızın nedeni ise şudur; Yukarıda belirtildiği gibi, hasta üzerinde uygulanan invaziv işlemlerde ve kateter uygulamalarında hastada endojen(self-oto) enfeksiyonların meydana gelmesinin kaynaklarından biri olan hastanın cildinin temizlenmesi, hijyeninin sağlanması dahi tıbbi gerekliliklere uygun olarak çoğu kere yapılmamakta, hasta, örneğin bir anjiyo işlemine, evinden geldiği gibi girilmektedir. Oysa cilt dokusu üzerinde bulunan ve belki de hastanın dışarıdaki hayatı sırasında kümelenmiş olan bakterinin, kana geçmesi olasılığı bu şekilde göz ardı edilmekte ve bakterinin kan yoluna geçmesi suretiyle hastada enfeksiyon meydana gelmektedir. Bu tamamen tıp biliminin konusu olduğundan bu hususta fazlaca yorum yapmayı doğru bulmamakla birlikte, hiç değilse girişimsel işlemlerde hastanın vücudunun hijyeninin sağlanması gerektiği ve bunun da hastaya, aydınlatırken söylenmesi gerektiği açıktır. ancak çoğu kere, bu konuda, hastalardan aydınlatılmış onam alınmamakta, hastalara, anlayacakları ve olumsuz duygulara kapılmayacakları biçimde hastane enfeksiyonu riski anlatılmakta olduğundan, hem yapılan girişim ve tedavi ve hem de sonrasında ortaya çıkan hastane enfeksiyonu hukuka aykırı olmaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15/1. maddesine göre “Hasta, sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir”.

Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 5/4/1993 tarih ve 1993/131 E. 1993/2741 K. sayılı kararında “Gerçekte de; doktor hastasına uygun tedaviyi tavsiye etmek ve gerekli her türlü tedbirleri düşünüp, alarak işi yapmak ve tamamlamak zorundadır. Özellikle, müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının, gerektirdiği bütün önlemleri almalı, bu tip sonuçlar nadir de görülebilecekse hastayı aydınlatıp uyarmalı ve onun rızasını muhakkak surette almalıdır. Ameliyatta rizikoları, muhtemel hasıl olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından savunulmamış ve kanıtlanmamıştır” demektedir. Bu sebeple hastane enfeksiyonları konusunda da hastaların aydınlatılmış onamlarının alınması zorunludur.

### **YOĞUN BAKIM ENFEKSİYONLARINA CEZA HUKUKUAÇISINDAN BAKIŞ**

Tıpta yanlış uygulamaların manevi unsuru Ceza Kanunu'nda taksir kavramı içinde değerlendirilebilir. Sağlık çalışanları hakkında bir cezai kovuşturma başlatıldığında öncelikle Adli Tıp Kurumu'ndan görüş alınmakta, itiraz halinde ise Adli tıp Genel Kurulu'ndan görüş alınmaktadır. İnceleme ise 3 aşamada yapılmaktadır.

- 1- Öncelikle bir zararın olup olmadığına bakılır,
- 2- Zarar varsa, müdahalede bulunan kişinin yetkili olup olmadığına bakılır,
- 3- Aydınlatma ve rızanın olup olmadığına bakılır,

Bu kriterler yerine getirilmişse bu kerre, hekimin, tıp biliminin geldiği noktadaki standart tedavi yöntemlerini gerçekleştirip gerçekleştirmediğine bakılır. Sonucuna göre bir görüş bildirilir.

### **HASTANE ENFEKSİYONLARI HASTA GÜVENLİĞİ**

**Hastane enfeksiyonları, hasta güvenliği ile de yakından ilgilidir.** Hasta Hakları Yönetmeliği çerçevesinde hasta güvenli sağlık hizmeti almalıdır. Hastanın başka bir hastalık sebebiyle tedavi olmak iyileşmek

amacıyla yattığı hastanede gereken önlemlerin eksik alınması veya hiç alınmaması, ihmal edilmesi, savsaklanması sebebiyle tali bir hastalığa yakalanması ve bu hastalık sebebiyle zarar görmesi halinde **güvenlikli sağlık hizmeti** aldığından söz etmek mümkün değildir.

Hastaya müdahale eden doktorun yeterli bilgi ile donanmamış, deneyimsiz olması veya aksine bilgili ve deneyimli olmasına rağmen tıbbi kurallara uygun müdahale etmemesi sebebiyle hastaya zarar verilmişse, verdiği zarardan hekimle birlikte hastane de sorumludur. Hasta güvenliği ihlal edilmişse, gerek kurumsal olarak hastane ve gerekse bireysel olarak hekim sorumludur.

### GERÇEKLER VE SONUÇ

**Hastane enfeksiyonları**, ortaya çıkmaları muhtemel olan, ama hiçbir hekimin veya hastanın başına gelmesini istemeyeceği bir tıbbi durum, **tali bir hastalıktır**. Bu enfeksiyonlardan korunmak mümkündür, korunma için alınması gereken **önlemler**, meydana geldiğinde yapılması gereken işlemlerden çok **daha az maliyet, iş gücü ve acı yükler**.

**Dünya tıbbında**, hastane enfeksiyonlarının meydana gelmesini önlemek için alınması gereken önlemler, yaşana yaşana öğrenilmiş ve edinilen tecrübelerden sonra bu önlemler, güvenlik ve tedbir paketleri olarak tıbbin hizmetine sunulmuştur. Sayıştay Başkanlığı'nın yukarıda eksiklikler olarak belirlediği hususların birçoğu da bu paketlerin içinde yer almaktadır.

**Pratikte** ise hastane enfeksiyonlarının meydana gelmesinin en önemli nedenlerinden biri refakatçiler ile sağlık personelinin, hatta **hastaların** hastane dışından taşıdıkları **patojenlerin**, daha sonra hasta veya hastanın kullandığı eşyalarla kontamine olup, hastane enfeksiyonu zincirini başlatmasıdır. **Tıbbi personel ve refakatçiler** hem kendilerini enfeksiyondan korumak için gereken önlemleri almalı ve hem de zaten ölümle yaşam arasında gidip gelen hastalarda yeni bir tali hastalığa sebep olabilecek patojenleri taşımamalıdır. Ancak özellikle operatif işlemlerde hastalar da bu konuda uyarılmalıdır. El ve vücut hijyenine dikkat edilmesi gerekirken, edilmemesi de sürecin başlamasında etkilidir.

Ülkemizdeki en büyük ve en gelişmiş teknoloji ile donatılmış hastanelerde bile, gereken tıbbi önlemler bazen alınmamaktadır. En donanımlı **yoğun bakım servislerine** varana kadar, hastaların yanına yakınları alınmaktadır. Bu kişiler, sadece kendi hastalarını değil, başkalarının hastalarını da **enfeksiyon riski** ile karşı karşıya bıraktıklarının farkında

olmadıkları gibi, aynı zamanda kendi hayatlarını da riske attıklarının farkında değillerdir. Yoğun bakımlarda hasta yakınlarını ziyaret etmek isteyen kişilere sorulduğunda ise, onları özledikleri için değil, gerçekten iyi bakılıp bakılmadıklarını merak ettikleri için içeri girdiklerini ifade etmektedirler ki, bu da sağlık sistemimizin **halkla ilişkiler** ve hasta yakınlarını bilgilendirme konusunu daha çok çözüm üretmesinin gerekliliğine işaret etmektedir. Bu durum ülkemizdeki en büyük ve tıbbi açıdan son sistem teknolojiye sahip hastanelerde dahi geçerlidir.

Hastane enfeksiyonlarının kaynağının tespiti, iyi çalışan bir **sürveyans sistemi** ile olanaklıdır. Hastane enfeksiyonlarının hızlı tespiti, hızlı ve uygun antibiyotik tedavisi ile önlenmesi ve zararın, hatta uzuv ve can kayıplarının önlenmesi mümkündür. Bu noktada sağlık çalışanlarının cezalandırılmaktan korkmamaları için, gereken **yasal zeminin** oluşturulması son derece önemlidir. Zira sağlık çalışanları cezalandırılmaktan korktukları takdirde, **enfeksiyonun kaynağının** belirlenmesinde zaman kaybedileceğinden bir salgınla karşı karşıya kalınabilir. Oysa **“Tıpta, her yanlış bir doğruyu öğretir ve yanlış ne kadar çabuk öğrenirsek doğruyu o kadar çabuk buluruz ve hastaya yardımcı oluruz.”**

Hastanelerin ve özellikle yoğun bakımların, **hastaların izolasyonuna** imkan tanınması da son derece önemlidir. Enfeksiyonlu bir hastanın, diğer hastalardan mutlaka hızlı şekilde izole edilmesi gereklidir. Aksi halde bir salgının önlenmesi mümkün olamamaktadır. Ancak bu gün itibariyle bir çok hastanede **“Yoğun Bakım Yönetmeliğinde”** belirtilen kriterlere fiziki imkansızlıklar sebebiyle tam olarak uyulamamaktadır.

Hastaların veya yakınlarının, **aydınlatılmış onamları** alınırken, mutlak surette hastane enfeksiyonları konusunda açıkça bilgilendirilmeleri ve hastalara düşen görev ve sorumlulukların da yerine getirilmesinin kendilerinden istenilmesi gerekmektedir. Bu bir taraftan hastane enfeksiyonlarını azaltacaktır, diğer taraftan da aydınlatılmış onam müessesesi hukuka uygun hale gelecektir.

Tüm Hastaneler hasta hakları çerçevesinde **“Yataklı Tedavi Enfeksiyon Korunma Yönetmeliği”** ve **“Yataklı Sağlık Tesislerinde Yoğun Bakım Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ”** belirtilen önlemleri almak ve özellikle enfeksiyon kontrol komiteleri kurmak ve etkin bir şekilde çalıştırmak ve çalışmalarını düzenli takip ve kontrol etmek zorundadırlar. **“Hastane enfeksiyonları da trafik kazaları gibi konulan kurallara uymamaktan dolayı meydana gelmektedir”**Bu nedenle etkili sürveyans-etkili kontrol gerçekleştirilmelidir.

Hastaların olabildiği kadar hastane yerine evde bakılması (operatif girişimler hariç) da hastane enfeksiyonu riskini azaltır.

Komplikasyon, zamanında farkedilmemesi veya zamanında fark edilmesine rağmen gereken önlemlerin alınmaması sonucu tıbbi uygulama hatasına dönüşebilir. Örneğin, anjiyo işlemi yapılan bir hastada hastane enfeksiyonu gelişmişse ve bu enfeksiyonun kaynağının da hastane olmadığı ortaya çıksa bile, erken teşhis ve hızlı tedavi yapılmadığından hasta zarar görmüşse (örneğin enfeksiyon hastalıkları ve klinik mikrobiyoloji dalından konsültasyon istenmemişse-üstlenme kusuru) bu takdirde tıbbi malpracticeden söz edilebilir.

Hastane enfeksiyonları “kader” değildir; önlenabilir, kontrol edilebilir ve hatta hızlı tesbit ve teşhisle, tedavi de edilebilir. Her vakada bir çok parametre birlikte incelenerek ve detaylandırılarak çıkış nedeni ve varsa sorumluları tespit edilebilir. Hastane enfeksiyonları temelde bir risk olarak tıp camiasının, hekimlerin, kurumların ve sağlık çalışanlarının korkulu rüyasıdır. Hastaların bir çoğu hala bu konunun öneminin farkında değildir. Hekime izin verilen bir risk alanı elbette vardır, tıbbın görevi bu risk alanı içinde hareket ederken, standart uygulamaları eksiksiz yapmaktır. Tıbbın emrettiği her şey yerine getirilmesine rağmen hastane enfeksiyonu meydana gelmişse **komplikasyondur**, aksi halde **tıbbi uygulama hatası** söz konusu olacaktır. Komplikasyon öngörülebilir, ortaya çıkmaması için gereken her türlü önlemin alınmasına rağmen istenmeyen neticenin ortaya çıkması hali (önlenebilen hal) olduğuna göre, hasta tüm önlemlerin eksiksiz alındığı ve tıpta gelinen son noktanın kendisi sağlık hizmeti alırken uygulandığı bir ortamda hastane enfeksiyonu ile karşı karşıya kaldığında bu bir **komplikasyondur**. Oysa her hastane enfeksiyonu, aslında, tıbbi girişimin bir kademesinde yapılan bir eksikliğin veya ihmalin sonucudur. Hastane enfeksiyonlarının rutin ve kader olmadığı bir tıp anlayışının ülkemize egemen olduğu zaman gerçekte gerek hastalar, gerek hekimler ve gerekse sağlık çalışanları ile sağlık kurumları, sağlık hukukunu ve hasta haklarını ülkemizde egemen kılmış olacaktırlar.



**KAYNAKÇA**

- 1- Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları- Tıbbi Malpraktis-Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları (Av.Halide SAVAŞ- Seçkin Yayınları)
- 2- Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları (Mustafa KICALIOğLU- Adalet Yayınları)
- 3Hasta Hakları- Uluslar arası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde (Dr. Gürkan SERT- Babil Yayınları)
- 4- Hastane Enfeksiyonları Türkiye Verileri (Doç. Dr.Mustafa ERTEK- Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi Başkanlığı-ANKARA)
- 5- Hastane Enfeksiyonlarının Maliyet Analizi (Prof dr. Ata Nevzat YALÇIN- Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi)
- 6- Hastane Enfeksiyonları, Sorunlar, Yeni Hedefler ve Hukuki Sorumluluk (Prof.Dr. Recep ÖZTÜRK - İ.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi)
- 7- Hastane Enfeksiyonlarının Önlenmesi ve Kontrolün Olmazsa Olmazı: El Yıkama (Doç. Dr.Serap GENCER)
- 8- T.C Sayıştay Başkanlığı Hastane Enfeksiyonları ile Mücadele Performans Denetimi Raporu-2007



# ASİSTAN HEKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Av. Yıldız Ertuğ ÜNDER<sup>1</sup>

## GENEL OLARAK

Türk Hukuk sisteminde, hekim sorumluluğu için özel olarak düzenlenmiş hükümler yok denecek kadar azdır. Gerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki, gerekse 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümler, hekimlerin mesleklerinden dolayı işledikleri, hukuka aykırı eylemlere ve verdikleri zararlara da uygulanmaktadır.

Normal koşullarda, hekimin hastaya yaptığı tıbbi müdahale hastanın vücut bütünlüğüne yönelik bir haksız fiil, bir suç olarak tanımlanabilecek bir durumdur. Hekimin tipe uygun ve kusurlu olan bu eyleminin -tıbbi müdahalenin- cezalandırılmaması için hukuk sistemleri, bu noktada, hekimlere bir ayrıcalık tanımış ve tıbbi müdahaleleri hukuka uygunluk koşulu ile suç olmaktan çıkarmıştır.

Devlet, hekimlik mesleğini hukuk düzeni içinde meşru bir faaliyet olarak tanımış ve uygulanmasına izin vermiştir. Hekimin yaptığı tıbbi müdahalenin yasal bir faaliyet olarak tanınması için gerekli olan ön koşul, hastanın aydınlatılmış onamının alınmasıdır.

## HEKİMLERİN SORUMLULUK TÜRLERİ

Hekimlerin, hekimlik mesleğini yaparken, işlediği suç ve kabahatlerle ilgili olarak; cezai sorumluluğu, hukuki sorumluluğu (tazminat sorumluluğu), idare hukukundan kaynaklanan idari sorumluluğu ve etik sorumluluğu bulunmaktadır.

Hekimlerin disiplin sorumluluğu, meslek etiği kurallarına aykırı davranışları durumunda, meslek odalarının soruşturması sonucunda uyguladığı yaptırımlardan oluşur.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na bağlı olarak kamuya ait sağlık kurumlarında çalışan hekimlerin, hukuki sorumluluğunda bazı istisnai durumlar söz konusudur. Bunlardan biri, kamuya ait sağlık kurumlarında çalışan hekimlerin idare hukukundan kaynaklanan idari sorumluluğudur. İdari sorumluluk kapsamında, uyarma, kınama, maaştan kesme, kademe ve ilerlemenin durdurulması ile memurluktan çıkarma cezaları söz konusudur.

---

1 Avukat / Tıp Doktoru, İstanbul Barosu

Kamuya ait sağlık kurumlarında çalışan hekimlere dair bir diğer önemli ayırım, devlet memuru olan hekimlerin, işledikleri suçlardan yargılanabilmelerinin, kurum amirinin iznine bağlı olmasıdır. Son yıllarda, memurlar için açılan soruşturmalarda, kurum amirlerinin memurun yargılanması iznini giderek artan bir şekilde verdiğini görmekteyiz<sup>2</sup>.

### **HEKİMLERİN SUÇ OLUŞTURABİLECEK EYLEMLERİ**

Hekimlerin tıbbi müdahale sırasındaki hukuka aykırı eylemleri; kasten veya taksirle öldürme/yaralama, intihara yönlendirme, insan üzerinde deney ve deneme, organ veya doku ticareti, çocuk düşürtme, kısırlaştırma, genital muayene suçu, kişisel verileri açıklama, görevi kötüye kullanma ve belgede sahtecilik gibi birçok suça konu olabilir.

Hekimler hakkında açılan davalara genel olarak bakıldığında, hekimlerin daha çok taksirli eylemleri nedeniyle yargılandıkları görülmektedir. Hekimlerin “kast”tan dolayı sorumluluğu ise, öncelikle tedavi amacıyla hareket etmediği durumlarda, nadiren söz konusu olabilmektedir.

Bu arada, hekimler arasında yaygın olan yanlış bir kaniya burada değinelim. Hastanın, tıbbi müdahale konusunda aydınlatılmış onamı alınmış ise, artık hekimin sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir. Bu düşüncenin hukuksal dayanağı bulunmamaktadır.

Tıp hukuku alanında en çok karşılaşılan suç, taksirle yaralama suçudur. Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Burada, yaralama ile kastedilen, kişinin vücut bütünlüğüne zarar verecek her türlü eylem ya da eylemsizlik durumlarıdır. Hekimlerin hastaya zarar verecek eksik/yanlış müdahaleleri bu suçu oluştururken, aynı zamanda hastaya, gerektiği halde, zamanında ve etkin müdahale etmemesi de yine taksirle yaralama suçunu oluşturabilecektir.

Hekimlerin tazminat sorumluluğu, maddi ve manevi tazminat istemleri şeklinde olmaktadır. Hekimin tazminattan sorumlu tutulabilmesi için, hasta ile hekim arasında bir sözleşmenin var olduğunun kabulü, bu sözleşmenin hiç/gereği gibi yerine getirilmemiş olması, sözleşmeye aykırılık nedeniyle hastanın zarar görmüş olması, bu zarar ile hekimin davranışı arasında uygun bir nedensellik bağı olması ve hekimin kusurlu olması gerekmektedir.

2 ERTUĞ ÜNDER, Asistan Hekimlerin Etik, İdari, Cezai ve Tazminat Sorumluluğu, Hekim Forumu, İstanbul Tabip Odası, Şubat - Mart 2011.

### Asistan Hekimlerin Sorumlulukları

Tıpta uzmanlık öğrencilerinin/asistan hekimlerin, ceza, tazminat, idari ve etik sorumlulukları, diğer hekimler ile benzer olup, içerdiği farklılıklara aşağıda değinilecektir.

### Yürürlükteki Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nde;

*“Kurumlarındaki kadro ve pozisyonları ne olursa olsun, tıpta ve dış hekimliğinde uzmanlık ana ve yan dallarından birinde uzman olarak yetiştirilmek amacıyla, bu Yönetmelik ve ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde eğitim ve öğrenim gören, araştırma ve uygulama yapan tabip veya dış hekimidir.”* diye tanımlanan tıpta uzmanlık öğrencileri yani daha yaygın kullanımı ile asistan hekimler, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'na tabi olarak görev yapmaktadırlar.

Türkiye'de asistan hekimlerin çalışma ve eğitim koşulları, daha çok yönetmelik, genelgeler ve tüzüklerle düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler yeterli değildir. Asistan hekimlerin eğitim ve çalışma koşullarını düzenleyen, daha iyi tanımlanmış hukuki mevzuata acilen gereksinim olduğu açıktır. Kaldı ki; var olan bu eksik düzenlemelerin dahi, ülkemizde asistan hekimlerce de, asistan hekimlerin eğitimlerinden sorumlu kimselerce de yeterince bilinmediği gözlemlenmektedir<sup>3</sup>.

### İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

Asistan hekimlerle ilgili hukuki sorumluluğun sınırlarını çizen iki temel yönetmelik vardır; 29.06.2009 tarihli Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği ve 10.09.1982 tarihli Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği.

Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nin asistan hekimlerin sorumluluğu ile ilgili olan maddelerine değinelim.

İlgili yönetmeliğin 23. maddesi “Uzmanlık Eğitiminde Devamlılık, Kurum ve Dal Değiştirme” başlığını taşımaktadır.

*“Madde 23 -*

*(1) Uzmanlık eğitiminin kesintisiz olması şarttır.*

*(2) Askerlik hizmeti, doğum sonrası ücretsiz izin ve diğer kanuni veya*

3 ERTUĞ ÜNDER, Asistan Hekimlerin Etik, İdari, Cezai ve Tazminat Sorumluluğu, Hekim Forumu, İstanbul Tabip Odası, Şubat - Mart 2011.

*mücbir sebepler haricinde herhangi bir sebeple eğitime ara verenler veya kendi isteği veya fiiline bağlı olarak uzmanlık eğitimi sona erenler bu uzmanlık eğitimine tekrar başlayamaz.*

*(4) Uzmanlık öğrencilerinin uzmanlık eğitimlerini yerleştirildikleri kurum ve birimlerde tamamlamaları zorunludur. Ancak eğitim yetkisi kaldırılan kurum ve birimlerdeki uzmanlık öğrencileri, Kurulun tespit edeceği kurum ve birimlere kendi mevzuatlarına uygun olarak nakledilir.”*

Asistan hekimlerin eğitimlerinin düzenlenmesi ve değerlendirilmesi, mesleki gelecekleri ve sorumlulukları açısından yaşamsal bir öneme sahiptir. Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği madde 25, uzmanlık eğitimi ile ilgili ayrıntıları düzenlemektedir.

*“Madde 25 - (1) Eğitim kurumlarında birim sorumluları tarafından, her uzmanlık öğrencisine göreve başlamasını takiben bir rehber eğitim sorumlusu tayin edilir ve bu durum uzmanlık öğrencisine yazılı olarak bildirilir. Birimlere diğer birimlerden gelen uzmanlık öğrencisi için de aynı işlemler yapılır.*

*(2) Eğitim kurumları, yeni başlayan uzmanlık öğrencisine, kuruma adaptasyon için kurumu tanıtıcı bilgiler verir, kanuni sorumlulukları, mesleki gelişimi, iletişim ve deontoloji ile ilgili uyum programları düzenler.*

*(3) Uzmanlık eğitiminin takibi ve değerlendirilmesi Bakanlık bünyesinde elektronik ağ ortamı kullanılarak kurulan uzmanlık eğitimi takip sistemi çerçevesinde yapılır. Uzmanlık eğitimi takip sistemi aşağıdaki unsurlardan oluşur.*

*a) Çekirdek eğitim müfredatı: Uzmanlık eğitimi ihtiyaçlarının değerlendirme sonuçlarına dayanır. Belirlenen ihtiyaçları karşılayacak amaç ve hedefler ile bunları gerçekleştirecek asgari bilgi, beceri ve tutum kazandırmaya yönelik eğitim etkinliklerini içerir. Kurul tarafından hazırlanır ya da hazırlattırılır ve ihtiyaç duyulduğunda güncellenerek elektronik ağ ortamında ilan edilir.*

*b) Genişletilmiş eğitim müfredatı: Birimler tarafından hazırlanır, yıllık olarak güncellenir, Kurula bildirilir ve elektronik ağ ortamında ilan edilir.*

*c) Uzmanlık eğitimi karnesi: Birimler, eğitime başlayan her uzmanlık öğrencisi için genişletilmiş eğitim müfredatına uygun bir karne oluşturur. Karne içeriğindeki eğitim ve uygulamaların çekirdek eğitim müfredatına ait olan kısmının uzmanlık eğitimi süresi içerisinde tamamlanması zorunludur.*

Birimler, hazırladıkları karneleri her yılın Eylül ayının ilk iki haftası içinde Kurula bildirir. Kurul, bu karneleri elektronik ağ ortamında ulaşılabilecek şekilde uzmanlık eğitimi takip sistemine koyar. Bu karneye uzmanlık öğrencisinin yaptığı teorik ve pratik tüm etkinlikler uzmanlık öğrencisi tarafından işlenir ve eğitim sorumlusu ve birim sorumlusu tarafından onanır. Eğitim karnesi kurum amirleri tarafından altı ayda bir kontrol edilir varsa eksiklikler süresi içinde tamamlattırılır. Uzmanlık eğitimini tamamlayanlara kurum tarafından eğitim karnesinin onaylı bir örneği verilir. Karneler takip sistemi içinde uzmanlık eğitimini tamamlayanlara ayrılan arşiv kısmında saklanmaya devam edilir.

ç) Birim sorumlusu kanaati: Birim sorumluları altı ayda bir uzmanlık öğrencilerinin göreve bağlılık, çalışma, araştırma ve yönetme yetenekleri ile meslek ahlakı hakkındaki görüş ve kanaatlerini uzmanlık eğitimi takip sistemine kaydedip kurum amirlerine onaylatır. Uzmanlık eğitiminin altı aylık değerlendirme devresinin birden fazla birim sorumlusu yanında geçmesi halinde, bu kaydı yanında en fazla süre geçirilen birimin sorumlusu yapar. Bu değerlendirme sonucunda olumsuz görüş ve kanaat notu alanlar kurum amiri tarafından yazılı olarak uyarılır. İki kez olumsuz kanaat notu alan uzmanlık öğrencisinin birimi, varsa aynı kurumdaki, yoksa mevzuatı çerçevesinde belirlenen başka bir kurumdaki eğitim birimi ile Kurulca değiştirilir. Yeni eğitim biriminde de iki kez olumsuz kanaat notu alan uzmanlık öğrencisinin hizmet süresi ne olursa olsun uzmanlık öğrenciliğiyle ilişkisi kesilir. Tekrar uzmanlık eğitimine giriş sınavına girip uzmanlık eğitimine başlayanlar hakkında 23 üncü madde hükümlerine göre işlem yapılır.

d) Tez çalışmasının takibi: Tez çalışması, tez danışmanı tarafından üç ayda bir değerlendirilir ve eğitim takip sistemindeki ilgili kısma işlenir.

e) Uzmanlık öğrencisi kanaati: Uzmanlık öğrencileri verilen eğitimi ve eğitim sorumlularını yıllık olarak nitelik ve nicelik açısından değerlendirir ve uzmanlık eğitimi takip sistemine kaydeder. Bu değerlendirme, eğitimin niteliğini ve eğitim sorumlularının bilgi, beceri ve davranışlarını kapsar. Kurum amirleri, bu değerlendirmelerin akademik kurulda görüşülmesini sağlar.

f) Uzmanlık eğitimi süresi: Alınan sağlık izinleri ve ücretsiz izinler nedeniyle fiilen uzmanlık eğitiminde geçmeyen sürelerin takip edilebilmesi amacıyla kurum amirleri uzmanlık öğrencilerinin bu sürelerinin uzmanlık eğitimi takip sistemindeki ilgili alana işlenmesini sağlar.

g) Denetim formu: Kurum ve birimlerin denetiminde kullanılan formlar

*Kurul tarafından hazırlanır ve uzmanlık eğitimi takip sistemi içinde ayrılmış yerde yayımlanır.”*

Bu madde ile ilgili bir değerlendirme yapıldığında, uzmanlık öğrencilerinin göreve başlaması ile birlikte bir rehber eğitim sorumlusu tayin edilmesi ve bunun yazılı olarak uzmanlık öğrencisine bildirilmesi gerektiği düzenlendiği görülmektedir. Bu düzenleme ile aslında, asistan hekimlerin asistan olarak görev yapmakla ilgili sorumluluklarının çerçevesi de çizilmiş olmaktadır.

25. maddenin ikinci fıkrasında da uzmanlık eğitimine başlayan asistan hekime uyum sağlayabilmesi için, kurumla ilgili tanıtıcı bilgilerin verileceği ve ayrıca kanuni sorumluluklarının anlatılacağı uyum programları düzenleneceği belirtilmektedir.

Bu yönetmeliğin yukarıda incelediğimiz 25. maddesinin gereği gibi yerine getirilmiş olması halinde, asistan hekimler eğitime başladıkları ilk günden itibaren yetki ve sorumluluklarının çerçevesini bilerek mesleki gelişimlerini sürdürecektir.

Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği<sup>4</sup>'nin “Uzmanlık Öğrencilerinin Hak ve Sorumlulukları” başlığını taşıyan 26. maddesi, uzmanlık öğrencilerinin çalıştıkları birimlerde eğitimin çağdaş standartlarda verilmesini sağlanmasını isteme hakkını düzenlemektedir. Ve bunu sağlama görevini kurum amirlerine vermektedir.

Aynı maddenin diğer fıkraları:

*“(2) Uzmanlık öğrencileri uzmanlık eğitimi uygulamasından sayılmayan işlerde görevlendirilemez*

*(3) Uzmanlık öğrencisi, eğitim sorumlusunun gözetim ve denetiminde araştırma ve eğitim çalışmalarında ve sağlık hizmeti sunumunda görev alır, deontolojik ve etik kurallara uyar.”* düzenlemesini getirmektedir.

Uzmanlık öğrencilerinin, uzmanlık sınavına girebilmeleri için uzmanlık eğitimi gördükleri dala ait bir konu üzerinde tez hazırlamaları zorunludur.

Tez, uzmanlık eğitimi süresinin bitiminden üç ay önce, kurumun ilgili akademik kurulları tarafından belirlenen, uzmanlık öğrencisinin eğitim gördüğü dalın eğitim sorumlularından oluşan üç kişilik bir jüriye sunulmak zorundadır. Uzmanlık eğitiminin tamamlanması için gerekenler madde 30'da sıralanmıştır:

4 Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği.



“Madde 30 - (1) Uzmanlık eğitiminin tamamlanması için;

a) Tezin kabul edilmiş olması,

b) Ekli çizelgelerde belirtilen uzmanlık dalı ile ilgili uzmanlık eğitimi süresinin ve rotasyonların tamamlanmış bulunması,

c) Uzmanlık eğitimi karnesinin çekirdek eğitim müfredatını belirleyen kısmının ilgili birim sorumlusu tarafından onaylanmış bulunması,

ç) Uzmanlık eğitimi bitirme sınavında başarılı olunması, şarttır.”

Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'ne göre, uzmanlık öğrencileri, uzmanlık eğitiminin gerektirdiği, öğrenim, eğitim, araştırma ve uygulama çalışmaları dışında, kamu kurum ve kuruluşları veya özel kurum ve kuruluşlarda aylıklı veya aylıksız hiçbir işte çalışmazlar, muayenehane açamazlar.

Sözü geçen yönetmelik, asistan hekimlerin kendilerine verilen eğitimi ve eğitim sorumlularını yıllık olarak, nitelik ve nicelik açısından değerlendirmesini ve uzmanlık takip sistemine kaydetmesini de “**uzmanlık öğrenicisinin kanaati**” başlığı ile düzenler.

Asistan hekimlerin, görev ve nöbet esasları ile ilgili ayrıntıları **Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği**<sup>5</sup> düzenlemektedir. Bu yönetmeliğin asistan hekimleri ilgilendiren maddelerine aşağıda değinilecektir.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği madde 10'da;

“Eğitim hastanelerinde poliklinik muayeneleri baştabibin düzenleyeceği bir program dahilinde aynı daldaki şef, şef yardımcısı, başasistan ve uzmanlar tarafından yapılır.” demek suretiyle eğitim hastanelerindeki poliklinik hizmetlerini kimlerin yürüteceğini açıkça düzenlemektedir.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin “Servis Hizmetleri” başlığını taşıyan 13. maddesi;

Servis hizmetlerinin uzman, uzmanlık eğitimi görenler, hemşire ile eczacı, diyetisyen, fizyoterapist, psikolog gibi branşla ilgili diğer meslek mensupları tarafından birlikte yürütülen bir ekip çalışması olduğunu, hastaya en iyi koşullarda, güvenilir araçlarla isabetli teşhisi koyarak, bakımının ve en kısa zamanda tedavisinin sağlanmasını amaçladığını belirtmektedir. Bu amaca ulaşırken servis içinde hasta başı eğitimlerinin de yapılacağından söz etmektedir.

5 Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği

Sağlık hizmetlerinin yaşamsal ve ayrılmaz bir parçası olan nöbet sistemi, uygulamada çok ciddi sorunlara yol açmaktadır. İdarenin ve hekimlerin hukuksal sorumluluğuna yol açan bir çok olay, ne yazık ki, nöbetler sırasında meydana gelmektedir.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin madde 41 ve izleyen maddeleri, yataklı tedavi kurumlarındaki nöbet esaslarını düzenlemektedir.

*“Madde 41 - Genel olarak yataklı tedavi kurumlarında nöbet; normal çalışma saatleri dışında ve resmi tatil günlerinde dışarıdan gelecek hastalarla, kurum içindeki hastaların acil durumlarında tıbbi ve bununla ilgili idari ve teknik yardımları vaktinde sağlayabilmek, olması muhtemel idari ve teknik olay ve kasalara zamanında müdahale edebilmek amacını güder.*

*e) Gece nöbeti tutanlara ertesi günü görev verilmez. Geceyi yoğun mesai ile uykusuz geçiren personele, kurumun personel durumu ve imkanları müsait olmak, hizmeti aksatmamak kaydıyla evinde veya kurum içerisinde lüzum görüldüğü sürece dinlenmesi için baştabib izin verebilir. Bu takdirde de bunlar acil durumlarda baştabib veya nöbetçi tabibin davetine uymaya mecburdurlar.*

*Hafta tatillerinde ve resmi tatil günlerinde nöbet tutanlara hizmeti aksatmamak kaydıyla diğer iş günlerinde nöbet süresi kadar izin verilebilir.*

*g) Nöbet tutan her meslek grubu için sahifeleri numaralı ve tasdikli bir nöbet defteri tutulur. Nöbetçiler bu deftere nöbetlerinde geçen önemli olayları saat belirleyerek ve bir sonraki nöbetçiye devredilen tıbbi, idari ve teknik işlerle ilgili önerilerini kaydeder. Nöbet defterleri her gün hastane müdürü tarafından tetkik edilerek gerekleri yapılır. Önemli hususlarda baştabibe iletilir”.*

*“Madde 42 - Nöbet hizmetleri evde nöbet, normal, acil, branş nöbeti olarak dört şekilde yürütülür. Acil ve branş nöbetlerinin hangi hallerde, tutulacağı hastanenin türüne, iş durumuna, personel mevcuduna, hizmetin gereklerine göre baştabib tarafından tesbit edilir. Eğitim Hastanelerinde de uzman ve uzmanlık eğitimi görenlerden kimlerin hangi nöbete gireceklerini ve ne nöbeti tutacaklarını da baştabib tesbit eder.”*

Uzmanlık eğitimi gören asistan hekimlerin nöbetleri madde 46'da düzenlenmektedir.

Madde 46'da asistan hekimlerin kurumda nöbet tutabilmesi için aynı birimde üçten fazla sayıda asistan hekim olması gerektiği, bu nöbetleri baştabibin düzenleyeceği belirtilmektedir.

Madde 46'da üzerinde durulması gereken en önemli nokta asistan hekimlerin ancak uzman nezaretinde nöbet tutabilecekleri düzenlemesidir.

Yönetmeliğin 46. maddesinin a bendinde “Genel uzmanlık eğitimi görenler nöbeti tutanlar genel hastane nöbeti tutan uzman nezaretinde çalışırlar.”

“Uzmanlık eğitimi görenlere hiçbir zaman uzman nöbeti tutturulamaz.” denmektedir.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği **Uzmanlık Eğitimi Görenlerin Görev Ve Yetkileri** başlığı altında ise;

“Madde 118 - Uzmanlık eğitimi görenler, hizmet icap ettirdiği ve kurumun yer durumu müsait olduğu takdirde Baştabibin izniyle kurumda devamlı kalabilirler. Bu takdirde yemekleri kurumca sağlanır.”

“Madde 119 - Uzmanlık eğitimi görenler, Tababet Uzmanlık Tüzüğüne göre tayin edilir ve yetiştirilirler. Bunlar, Uzmanlık eğitimi gördükleri sürece aşağıda açıklanan fenni ve idari hizmetleri yapmakla yükümlüdürler.

a) Poliklinikten servislere yatırılmak üzere gönderilen hastalar, uzmanlık eğitimi görenlerin gözetiminde servis hemşireleri tarafından yataklarına yatırılır. Uzmanlık eğitimi görenler yatırılan bu hastaların hemen müşahadelirini alır ve dikkatli bir şekilde muayene ederek, muayene neticelerini değerlendirir ve acil tedavi ve müdahaleyi gerektiren vakaları derhal ilgili uzmanlara bildirir. İlgili uzmanın vakaya el koymasına kadar geçecek zaman içinde gerekli ilk ve acil tedbirleri alır. Acil olmayan vakaların muayene ve tetkik neticelerini tamamlayarak ertesi gün sabah vizitesinde kendi mütalaasıyla birlikte, ayrıntılarıyla servis uzmanına bildirir.

b) Vizite de uzmanlarla beraber bulunarak serviste geçen olaylar ve hastalar hakkında uzmanlara bilgi verirler.

Serviste yapılabilecek laboratuvar muayenelerini bizzat yaparlar. Hastane laboratuvarlarına gönderilmesi gerekenleri zamanında göndererek neticelerini izler ve müşahade kağıtlarına yazarlar.

c) Servis ve laboratuvar şef ve şef yardımcılarının verecekleri görev ve hizmetle ilgili bütün emir, direktif ve tavsiyeleri vaktinde tam olarak yapmakla yükümlüdürler.

d) Poliklinik ve laboratuvarlarda da aynı şekilde görev yapar ve buradaki hizmetleri bittikten sonra kendilerine verilmiş diğer işleri tamamlarlar.

e) Servis ve laboratuvarlarda meydana gelen fenni ve idari acil iş veya

hizmetler için hemşire ve hastabakıcılar tarafından her davet edilişte gelmeye ve gereken tedbirleri almaya, uzmanın müdahalesini gerektirecek hallerde çalışma saatleri içinde servis uzmanına, bunun dışında nöbetçi uzmana, gerekirse ilgili servis uzmanına bulunduğu yerde süratle haber vermek zorundadırlar.

f) Şubelerinin aylık, üç aylık ve senelik hastalık istatistik cetvellerini vesair evrakını düzenlemek ve fenni kayıtlarını tutmak ve ayrıca hastane baştabibi veya servis ve laboratuvar şeflerinin verecekleri bu çeşit hizmetleri de yapmakla yükümlüdürler.

g) Hizmet yerlerindeki hemşire, ebe, hemşire yardımcısı tıbbi teknisyen ve yardımcı hizmetlilerin görevlerini gözetler ve işlerini yerinde ve yolunda görmelerini sağlarlar, servisin temizliği, intizamı, hastaların bakımı, ilaçların ve yemeklerin tabelalara göre verilip verilmediğini kontrol ederler. Görevini iyi yapmayanlara uyardır ve bulunurlar. Kusurları tekrarlayanları ve uymalarını dinlemeyenleri ilgili amirlerine haber verirler.”

Uzmanlık eğitimi gören asistan hekimlerin nöbetçi sıfatıyla çalışırken hangi esaslara göre çalışacaklarını ise, ilgili yönetmeliğin 183. maddesi düzenlemiştir.

“Madde 183 - Baştabib, nöbetçi uzman tabib ve servis şeflerinin emir, talimat ve verdikleri yetkiler çerçevesinde, nöbetleri esnasında gelen hastaların usulüne uygun olarak muayene ve tedavilerini yapar ve ön müşahadelerini alırlar. İçinden çıkamadığı vak’aları nöbetçi uzmana haber verirler.”

Son yıllarda malpraktis nedeniyle açılan davaların katlanarak arttığı ve asistan hekimlerin de bu davalar nedeniyle sıkça yargılandığı görülmektedir. Asistan hekimlerin yargılanmasında, görev ve sorumluluk tanımlamalarının gözardı edildiği ve bu nedenle çoğu zaman haksız yere cezalandırıldıkları bir gerçektir.

Yukarıda da söz edildiği gibi; asistan hekimler, ancak eğitimlerini veren uzmanların denetiminde ve uzmanlarla birlikte hastaya müdahale edebilirler ve tedaviyi düzenleyebilirler. Uzmanlık eğitimi gören bir asistan hekimin, bir hastayı tek başına üstlenebilme yetki ve sorumluluğu yoktur. Yukarıda paylaşılan ulusal mevzuat hükümlerinin topluca değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkan sonuç, tıpta uzmanlık öğrencilerinin meslek içi yaptıkları işlerde sorumluluğunun sınırlı olduğudur. Bu yetki ve sorumluluğun ötesinde bir çalışmaya tabi tutulduklarında, oluşacak malpraktis veya benzeri hekimlik mesleğine dair zararlardan, öncelikle ve dolayısıyla sağlık hizmetini düzenleme ve denetleme yükümlülüğü olan İdare sorumlu olacaktır.

## İDARENİN SORUMLULUĞU

Hastalara verilen zararlardan dolayı asistan hekimlerin sorumluluğunu incelerken, idarenin sorumluluğu konusu ayrı bir önem taşımaktadır.

Esasen, son yıllarda, idarenin sorumluluğu ilkesi, tüm dünyada giderek ön plana çıkmaktadır. Kamu hizmetleri alanındaki hızlı gelişme, idari faaliyetlerden meydana gelen zararın tazmininde, kusur ( hizmet kusuru) kavramının yetersiz kalması, özel hukukta olduğu gibi, idare hukukunda da, İdarenin kusursuz sorumluluğunun kabulüne yol açmıştır. İdari faaliyet ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması halinde, hizmet kusurunun varlığı aranmaksızın, İdarenin sorumlu tutulması ilkesi kabul edilmiştir. İdarenin faaliyetlerinden doğan zararların, idarece karşılanması için, idarenin kusurunun (hizmet kusurunun) aranmaması durumuna, idarenin kusursuz sorumluluğu denilmektedir.<sup>6</sup>

Kusursuz sorumluluk halinde İdare, hiçbir kusurunun olmadığını ispat etse bile sorumluluktan kurtulamaz. Diğer bir söyleyişle, idarenin hiçbir kusuru olmasa bile yürütmekle yükümlü olduğu hizmet sonucunda ortaya çıkan zararlardan sorumludur. Kusursuz sorumluluk, bu açıdan, “bihakkın sorumluluk”<sup>7</sup> olarak nitelendirilmektedir.

Türk Hukuk Sistemi'nde de kamu görevlilerinin kusuru açısından Devlet sorumluluğu modeli benimsenmiştir. Devlet sorumluluğu modelinde, kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle kişilere verdikleri zararlardan doğrudan devlet/idare sorumlu olmaktadır. 1982 Anayasası'nın 129. maddesi: *“Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir”* demekle, kişilere verilen zararlarda idarenin sorumluluğu ilkesini açıkça kabul etmektedir. Ayrıca, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi'nde: *“kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar.”* demek suretiyle bu konuda idarenin sorumluluğuna işaret etmektedir.

Asistan hekimlerin, eğitimlerinden sorumlu uzmanların denetiminde yapması gereken işleri, tek başlarına yapmak durumunda bırakılmaları halinde ortaya çıkacak zararlardan doğaldır ki, asistan hekimlerin bu şe-

6 ÇAĞLAYAN, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Ankara, 2007, s.152, AKYILMAZ, İdare Hukuku, ULUSAN, İÜHFİM.

7 GÖZLER, İdare Hukuku, s.1073.

kilde tek başına çalışmasına yol açan idarenin hizmetlerinin yürütülmesindeki aksaklık, öncelikle sorumlu olacaktır. Buradaki hizmet kusuru hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi veya hizmetin hiç işlememesi şeklinde gerçekleşebilir.

Son yıllarda, tazminat hukukundaki önemli değişikliklerden biri, tazminat hukukunda sosyal düşüncenin ön plana çıkarılmasıdır. Tazminat hukukunda sosyal düşüncenin ön plana çıkması ile birlikte mağdurun veya zarara uğrayan güçsüzlerin, kusur söz konusu olmasa bile, korunması ilkesi benimsenmiştir.

TANDOĞAN'ın ifadesiyle “ tazminat hukukunda eskiden zarar verenden hareket edilirken, artık zarar gören ön plana alınmıştır; tazminat hukuku böylece sorumlu kılmaktan çok zararı karşılamak anlamını taşımaya başlamıştır”. Bunun nedeni, zarar verenin herhangi bir kusuru olmasa dahi, zarar görenin zararının tazmin edilmesi gerekliliğidir. Bu gereklilik, hakkaniyet ve toplumsal yüklerin paylaşılması esastan kaynaklanmaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesine gidilmesi kaçınılmazdır.

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar sebebiyle, idarenin sorumluluğuna gidilmesi, ülkemizde görece yeni sayılabilecek bir olgudur. Geriye doğru incelendiğinde, daha çok hizmet kusuru açısından, idarenin sorumluluğuna gidildiği açıkça görülmektedir. Şimdiye dek, ön plana çıkmamış olan, idarenin kusursuz sorumluluğunun, bundan böyle, sağlık hukuku alanında, önemli bir yer tutacağı açıktır.

İdarenin sağlık hizmetlerindeki kusursuz sorumluluğu konusu ayrıntılı incelenirse;

Kamu görevlilerinden meydana gelmekle birlikte, onlara yüklenilemeyen, hizmetin kuruluşu ve işleyişindeki bir kusurdan, yani hizmet kusurundan kaynaklanan zararlardan ise, hizmet kusuru esaslarına göre hizmetin sahibi olan İdare sorumludur.

Hekim, teşhis ve tedavi hizmetlerini yürütürken yani görevini yerine getirirken, kasti veya keyfi veya suç teşkil eden bir eylemde bulunarak hastaya zarar verebilir. Bu durumda, İdare'nin esas olarak hizmet kusuru esaslarınca sorumlu olduğunu, kamu görevlisinin de kusuru oranında bu sorumluluğa katılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu, birlikte sorumluluk ilkesinin gereğidir.

**SON OLARAK**

İdare, gereken ve mümkün olan tüm önlemleri almış olsa bile, sağlık hizmetlerinin yüksek risk taşımasından dolayı, yine de zararın ortaya çıkma olasılığı bulunmaktadır. Bu nedenle, idarenin kusursuz sorumluluk ilkesince, ortaya çıkan zararların tazminini bizzat üstlenmesi gerektiği açıktır. Danıştay'ın da sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk ilkesini kabul ettiği yönünde kararları vardır.<sup>8</sup>

Hal böyle iken, hizmetin planlanması ve işletilmesinden sorumlu olan idarenin ve onun hastanelerdeki yürütücülerinin sorumluluğu, hiç göz önüne alınmadan, yetki ve sorumluluğu mevzuata göre sınırlı olan, Tıpta Uzmanlık Öğrencileri'nin, oluşan zararlardan dolayı tek başlarına yargılanıyor ve cezalandırılıyor olması hukuken kabul edilemez.

Bu noktada; sağlık hizmeti alan kişilerin uğradıkları zararların giderilmesinde, zarara neden olan tüm faktörlerin bir arada değerlendirilmesi ve yargılamanın bu doğrultuda, birlikte sorumlu olanların tümü hakkında yürütülmesi, zarara yol açanların kusurları oranında sorumlu tutulmaları en doğru yol olacaktır.

**KAYNAKÇA**

- ÇAĞLAYAN, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Ankara, 2007.
- Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği
- Yataklı Tedavi Kurumları Yönetmeliği
- AKYILMAZ, İdare Hukuku, Konya, 2004.
- ULUSAN, Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1979.
- GÖZLER, İdare Hukuku.
- ERTUĞ ÜNDER, Asistan Hekimlerin Etik, İdari, Cezai ve Tazminat Sorumluluğu, Hekim Forumu, İstanbul Tabip Odası, Şubat - Mart 2011

---

8 Danıştay 12.Dairesi, E.68/1296,K.69/1401,T.8.7.1969 ve Danıştay 12.Dairesi E.69/3710,K.71/96,T.19.1.1971.





# TÜRK CEZA YASASI'NDA GENİTAL MUAYENE SUÇU

Av. Doç. Dr. Özlem Yenerer ÇAKMUT<sup>1</sup>

## I. GENEL OLARAK

Genital muayene suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın özel hükümler kitabında, millete ve Devlete karşı suçlar ve son hükümlere ilişkin dördüncü kısmın adliyeye karşı suçlar başlıklı ikinci bölümünde 287. maddede düzenlenmiştir. Türk Ceza Yasası'nın "genital muayene" başlığını taşıyan 287. maddesine göre, "(1)Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. / (2) Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz".

5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nda ilk kez yerini bulan bu düzenlemenin temelinde ne yazık ki açık ya da gizli olarak toplumumuzda yaygın biçimde uygulanan ve özellikle kadınlar bakımından insan onurunun ayaklar altına alınmasını sonuçlayan *bekaret kontrolü* uygulamasına son verilmesi düşüncesini taşımaktadır. Anayasa ve yasaların belirlediği sınırlar içinde kalmak kaydıyla belirli durumlarda insanların beden bütünlüğüne nasıl ve ne şekilde müdahale edilebileceği açıkça ortaya konulmuştur. Bu çerçevede dışında gerçekleştirilmek istenen her müdahale hukuka aykırı olacaktır. Dolayısıyla gelenek ve göreneklerin hukukun üstünde kabul görmesi hukuka aykırı uygulamaların doğmasına neden olacaktır. Bu noktadan hareketle TCK m.287'de yer alan genital muayene suçu ile insan onurunu zedeleyecek bir müdahalenin gerçekleştirilmesinin önüne geçilmek istenmiştir<sup>2</sup>.

## II. ESKİ VE YENİ YASA'NIN KARŞILAŞTIRILMASI

5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nda yer alan genital muayene suçuna ilişkin düzenleme, önceki dönemde toplum hayatında yaşanan ve insan

1 İstanbul Barosu/Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

2 D.Tezcan/M.R.Erdem/R.M.Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2010, 977; Ö.Özlem, "Delil Toplama Yöntemi Olarak Bekaret Kontrolü ve Genital Muayene", <http://www.Hukuki.net/archive/index.php>, 19.07.2011, saat.11.10; S.Platin, "Genital Muayene Suçu", <http://www.pilatinhukuk.com/detay/>, 19.07.2011, saat.11.20.

hakları ihlallerine neden olan bazı uygulamalara son vermek amacını taşımaktadır. Toplumsal ahlak anlayışının anlaşılmasız yansıması olan ve birçok insanın hayatını karartan *bekaret/kızlık muayenesi* olgusunun ve muayenenin yaptırılmasını kendisinde hak olarak gören ebeveyn, eş, nişanlı, okul/yurt müdürü, tutuklu/mahkum olanları bulunduran kurum sorumluları, kolluk kuvvetleri vb. kişilerin kararlarının hukuka aykırılığı ve insan onuru ile bağdaşmaması mülga Ceza Yasası'nda olmayan bir suç tipinin yeni Ceza Yasası'nda düzenlenmesi gerçeğini ve gereğini ortaya çıkartmıştır. 5237 Sayılı TCK m.287 düzenlemesi bu düşüncelerin yansımasıdır.

Nitekim 287. maddenin Gerekeçesi'nde hukuka aykırı biçimde genital muayene yapılmasının bağımsız bir suç olarak tanımlandığı, kişilerin beden bütünlüğü ve bireyin ruhsal sağlığı üzerinde olumsuz etkileri olan genital muayenenin ancak yetkili hakim ve savcı kararıyla yapılacağı ve böyle bir karar olmaksızın genital muayeneye gönderme veya genital muayeneyi yapmanın suç oluşturacağı belirtilmiştir<sup>3</sup>.

### III. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Türk Ceza Yasası'nda adliyeye karşı suçlar arasında düzenlenmiş bulunan genital muayene suçunun sistematik içindeki yeri düzenleme ile korunan hukuki değer adliye, adli yargı, kamu idaresi veya ceza yargılamasının yürütülmesinde adliye idaresine karşı gelinmemesinin sağlanması<sup>4</sup> olduğu ifade edilse de, gerçek anlamda koruma altına alınan menfaatin farklı olduğu belirtilmelidir.

Genital muayene suçu, bu fiile maruz kalan bireylerin bedenleri ile ilgilidir. Bireylerin sahip olduğu beden bütünlüğü/vücut dokunulmazlığı hakkı, ulusal ve uluslar arası belgelerde açıkça düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nın 17. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında, "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir./Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*" denilmektedir<sup>5</sup>. Anayasal düzenlemeye uygun olarak çeşitli yasalarda da

3 Madde Gerekeçesi için bak.N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Gerekeçeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2005, 470.

4 A.Parlar/M.Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2 (Madde 141-345), Ankara 2007, 1922.

5 1961 Anayasası m. 14/ 1-2: "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir. /Kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti, kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça kayıtlanamaz", B.Kuzu, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1988, 313.

konuya ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Örneğin, Medeni Yasa (m.23-24), Borçlar Yasası (m.49, 53-56) ve Türk Ceza Yasası, vücut dokunulmazlığı hakkını korumaya yönelik hükümler içermektedir. Nitekim TCK. m.86 ve devamındaki hükümler kişilerin vücut bütünlüğüne kasten verilen zararları cezalandırırken, TCK. m.89 ise taksirle verilen zararları yaptırıma bağlamıştır. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de konuya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır<sup>6</sup>. Öte yandan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi de konuya ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Aslında Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, *cinsel ilişki muayeneleri* başlığı altında 39. maddede “*Hekim, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemlerini dikkate alamaz. Hekim ilgilinin veya ilgili reşit değilse, veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamaz.*” biçiminde düzenleme getirilmiştir<sup>7</sup>. Bu esasa uygun hareket etmeyen hekimler hakkında Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde disiplin soruşturması yapılmakta yaptırım uygulanmaktadır<sup>8</sup>, ancak bu durum 5237 sayılı Türk Ceza Yasası kapsamında fiilin artık suç teşkil etmesi nedeniyle Türk Ceza Yasası kapsamında soruşturulması ve kovuşturulmasına engel teşkil etmeyecektir.

Belirtilen bu düzenlemeler dikkate alındığında TCK m.287’de yer alan genital muayene suçu ile korunan hukuki değer, bireyin beden bütünlüğünün korunması başta olmak üzere bu değer yanında kişi özgürlüğü ve cinsel özgürlüğü de kapsayacak biçimde geniş bir anlama sahip olduğu ifade edilmelidir<sup>9</sup>.

#### IV. SUÇUN FAİLİ

Genital muayene suçu özgü bir suç olmayıp herkes tarafından işlenmesi mümkün bir suçtur. Dolayısıyla suçun faili herhangi bir kimsedir.

TCK m.287 düzenlemesi failin, genital muayeneye gönderen veya muayeneyi yapan kişi olduğunu belirtirken, söz konusu failin sıfatına ilişkin

6 RG 1.8.1998, No.23420.

7 H.Hakeri/Y.Ünver/Ö.Y.Çakmut, Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı, Ankara 2010, 846; H.Hakeri, Tıp Hukuku, Ankara 2007, 528.

8 İ.Dülger, “Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, 28 Şubat-1 Mart 2008/ Dedeman -Ankara, 1259; Tezcan/Erdem/Önök, Ceza Özel Hukuku, 977.

9 Aynı yönde bak.Y.Ünver, Adliye Karşı Suçlar, (TCK. m.267-298), Ankara 2010, 361; Hakeri, Tıp Hukuku, 529; Ö.Beyazıt, “Genital Muayene Suçu”, CHD, 5, 13 (Ağustos 2010), 154.

özel bir nitelemede bulunmamıştır. Dolayısıyla fail kamu görevlisi olabileceği gibi olmayabilir de. Ayrıca özellikle genital muayeneyi yapma biçiminde gerçekleştirilen hareket bakımından failin hekim veya sağlık personeli olup olmaması da faillik sıfatını almak bakımından fark yaratmamaktadır<sup>10</sup>.

Ebeveynlerin genital muayene suçunun faili olup olamayacakları doktrinde tartışma konusu olmaktadır. TCK m.287 düzenlemesini incelediğimizde fail bakımından herhangi bir sınırlama olmadığına göre ebeveynlerin de kural olarak suçun faili olabileceğini belirlemek gereklidir<sup>11</sup>. Ayrıca önemle vurgulamalıdır ki, ebeveynin genital muayene suçunun faili olamayacağını ifade etmek Türkiye gerçeğini gözardı edip sırf bekar kontrolü amacıyla hiçbir tıbbi zorunluluk olmadığı halde çocuğunu muayeneye gönderen ve onun onurunun çiğnenmesine vesile olan annenin failini meşrulaştırmaktır.

## V. SUÇUN MAĞDURU

Genital muayene suçunun mağduru, hukuka aykırı olarak genital muayene müdahalesine maruz kalan kişidir. Mağdur kadın veya erkek olabileceği gibi yetişkin veya çocuk da olabilir<sup>12</sup>.

## VI. SUÇUN UNSURLARI

### 1. Maddi unsur

TCK m.287'de düzenlenmiş bulunan genital muayene suçu *yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın* bir kimseyi *genital muayeneye gönderme* veya *genital muayeneyi yapma* şeklinde işlenmektedir. Suç seçimlik hareketli olduğu kadar bağı hareketli suçtur.

*Genital*, üreme ile ilgili demektir<sup>13</sup>. Üreme sisteminin diğer bir ifade ile genital sistemin incelenmesi ise *genital muayene* olarak isimlendirilmektedir<sup>14</sup>. Genital sistem, *iç genital sistem* ve *dış genital sistem* olarak ikiye

10 Ünver, Adliye Karşı Suçlar, 361. Genital muayeneyi yapma seçimlik hareketi bakımından failin sadece hekim veya sağlık personeli olabileceği görüşü için bak.Hakeri, Tıp Hukuku, 529.

11 Aynı yönde bak. Ünver, Adliye Karşı Suçlar, 362 vd.; F.S.Mahmutoğlu, "Beden Muayenesi", Fasikül, 2, 7 (Haziran 2010), 27.Reşit olmayan çocuklar bakımından ebeveynlerin rıza gösterme yetkisine sahip olmaları nedeniyle genital muayene suçunun mağdurunun anne-baba olamayacağı görüşü için bak.Hakeri, Tıp Hukuku, 529.

12 O.Yaşar/H.T.Gökcan/M.Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.VI (Madde 257-345), Ankara 2010, 8105.

13 <http://www.anlambilim.net/genital-nedir-73012.htm>, 15.08.2011, saat.20.50.

14 Dülger, Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene, 1272.

ayrılmaktadır. İç genital sistem, vagina (hazne), rahim ağzı (serviks), rahim (uterus), tüpler (fallop kanalları) ve yumurtalıklardan (overler) oluşurken; dış genital sistem vulva olarak adlandırılan büyük dudaklar, küçük dudaklar, klitoris (clitoris), kızlık zarı (hymen) ve idrar boşaltma deliği (üretra) nden oluşmaktadır<sup>15</sup>. Genital muayene tüm bu sistemleri içine alan geniş incelemeyi ifade etmektedir. Bu noktada anüsün muayenesi bakımından TCK m.287'nin uygulama alanı bulup bulamayacağına değinmek gereklidir. Anüs<sup>16</sup>, sindirim sisteminin sonlandığı organ olması nedeniyle genital organ olarak kabul edilmemektedir. Hal böyle olunca anüse ilişkin muayenenin inceleme konumuz olan suç içine alınması kıyas olacağından suçta ve cezada kanunilik ilkeleri gereğince ve TCK m.2 düzenlemesi karşısında mümkün değildir<sup>17</sup>. Öte yandan önemle ifade edilmelidir ki, anüs bölgesinin de genital sistemde olduğu gibi muayene edilmesi ve kişilerin benzer biçimde insan onuru ile bağdaşmayan muameleye tabi kılınması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce söz konusu duruma insanları muhatap kılmamak için TCK m.287'nin ya anüs bölgesini de içine alacak biçimde yeniden düzenlenmesi ya da CMK m.75/4 ile uyumlu hale getirilmesi ve terim birliğinin sağlanması yerinde olacak ve böylece bu hususta doktrinde yaşanan tartışmalara da son verilecektir. Ancak önemle belirtmelidir ki, anüs bölgesine yapılacak bu biçim bir müdahale Türk Ceza Yasası'nda yer alan bir başka suçun (örneğin kasten yaralama vb.) oluşumuna vücut verebilecektir.

Gerçekten de genital muayene asıl olarak iç beden muayenesidir. Nitekim Ceza Muhakemesi Yasası m.75/4, *cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayeneyi iç beden muayenesi* olarak tanımlamıştır. Ayrıca Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik<sup>18</sup> m.4/4'de aynı tanım tekrarlanmıştır. CMK m.75 şüpheli ve sanık; m.76 ise mağdur bakımından bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla hangi şartlarda ve biçimde inceleme yapılabileceğini açıkça düzenlenmiştir.

TCK m.287'de düzenlenmiş bulunan genital muayene suçunun oluşabilmesi için seçimlik hareketlerin yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın gerçekleştirilmesi gereklidir. Madde metninde “ve” bağlacı kullanılmış

15 <http://www.jinekolognet.com/kadin-genital-anatomi.asp>, 15.08.2011, saat.21.05.

16 Anüs, sindirim sisteminin bir organı olarak rektumun dış açıklığıdır; rektum ise kalın bağırsağın son kısmıdır. Dışkılar anüsten geçerek dışarı atılmaktadır. [http://tr.wikipedia.org/wiki/Sindirim\\_sistemi](http://tr.wikipedia.org/wiki/Sindirim_sistemi), 15.08.2011, saat.21.18.

17 Aynı yönde bak. Ünver, Adliye Karşı Suçlar, 365-366; Dülger, Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene, 1272-1273.

18 RG 01.06.2005, No.25832.

olması doğru değildir. Yazılan bağlacın “veya” biçiminde olması<sup>19</sup>, ayrıca “mahkeme” tarafından karar verilebilmesi halinin de madde metninde açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Özellikle kanunilik ilkesi bakımından metni yazılı olduğu haliyle dikkate alma zorunluluğu olduğundan yanlış anlaşılmalara açık bir durum bulunmaktadır. Aslolan bu halin düzeltilmesi olmakla birlikte kanaatimizce yasal düzenlemeler (CMK m.75 vd.) dikkate alınarak amaca uygun bir biçimde kararın mahkeme veya hakim veya savcı tarafından verilmesinin genetal muayeneyi hukuka uygun hale getirebileceğini belirtmek zorunlu olmaktadır. Öte yandan hakim veya savcı kararının olmasının da her zaman genetal muayeneyi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Hakim veya savcı kararının da hukuka uygun olması şarttır<sup>20</sup>.

Genetal muayene suçunun işlenmesi bakımından gerekli seçimlik hareketlerden ilki *genetal muayeneye göndermedir*. *Gönderme, göndermek eylemi; bir yere doğru yola çıkarmak, yollamak, yetki vererek gitmesini sağlamak* demektir<sup>21</sup>. Gönderme fiilinin *götürme* halini de içine aldığı doktrinde ifade edilmekteyse de<sup>22</sup> kanaatimizce bu durum kanunilik ilkesi ile bağdaşır bir olgu değildir. *Götürmek, ulaştırmak, bir kimseyi bir yere kadar yanında yürütmek, birinin yanında yürüyüp ona bir yere kadar arkadaşlık etmek* anlamına gelmektedir<sup>23</sup>. Dolayısıyla göndermek ve götürmek fiilleri birbiri ile örtüşmemektedir. Bu nedenle genetal muayeneye götürmek, TCK m.287 kapsamında suç teşkil eden hareketlerden değildir. Genetal muayeneye götüren kişi ya da kişilerin fiillerinin, doktrinde de ifade edildiği üzere, iştirak kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gereklidir<sup>24</sup>. Ayrıca götürmek fiili Türk Ceza Yasası uygulaması kapsamında bir başka suçun ortaya çıkmasına da (kişi hürriyetinden yoksun kılma, kasten yaralama vb.) neden olabilecektir.

Suçu oluşturan seçimlik hareketlerden diğeri ise *genetal muayene yapmaktır*. *Muayene, bir kimsenin hasta olup olmadığını ya da hastalığın nerede olduğunu araştırma* demektir. Yasa tarafından belirtildiği üzere *muayene yapmak*, daha doğru ifade ile *muayene etmek* ise *bir kimsenin hasta olup olmadığını ya da hastalığının nerede olduğunu araştırmak, incelemek*

19 Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 979; Dülger, Tıp Ceza Hukukunda Genetal Muayene, 1271; Hakeri, Tıp Hukuku, 530.

20 Ünver, Adliye Karşı Suçlar, 364.

21 Türkçe Sözlük, I (A-K), Türk Dil Kurumu, Ankara 1983, 458.

22 Dülger, Tıp Ceza Hukukunda Genetal Muayene, 1268; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 978.

23 Türkçe Sözlük, I (A-K), Türk Dil Kurumu, 464.

24 Aynı yönde bak. Ünver, Adliye Karşı Suçlar, 453.

demektir<sup>25</sup>. Buradaki *hastalık* kavramını genital muayene amacına uygun olarak geniş düşünmek gereklidir.

## 2. Hukuka aykırılık unsuru

Suçun oluşması, eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Suçun unsuru olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran ve TCK m.24 ve devamında yer almış bulunan hukuka uygunluk nedenleri, tüm suçlar açısından sözkonusu olan genel nitelikteki hükümlerdir. Bu nedenlerden birinin varlığı halinde, fiil suç olmaktan çıkar ve fiili işleyen cezalandırılmaz. Dolayısıyla, işaret ve engel koymama suçu bakımından, somut olayda, herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin varlığını gösterecek olgularla karşılaşırsa, fail cezalandırılmaz. Çünkü, bir fiilin cezalandırılması, onun tüm hukuk düzeni ile çelişki halinde bulunmasına bağlıdır. Bu çelişki ve çatışmayı ortadan kaldıran, hukuken geçerli, yazılı veya yazılı olmayan herhangi bir nedenin varlığı, suçun oluşmasını ve fiili işleyen cezalandırılmasını engeller<sup>26</sup>.

TCK m.287’de düzenlenmiş bulunan genital muayene suçu bakımından gerek Türk Ceza Yasası’nda gerekse özel yasalarda yer verilen genel ve özel hukuka uygunluk nedenleri söz konusudur. Ancak bu çerçevede TCK m.287/2’de yer alan ve TCK m.24’e göre öncelikle uygulanması gereken<sup>27</sup> özel düzenlemeyi belirtmelidir. TCK m.287/2’ye göre; “*Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz*”.

25 Türkçe Sözlük, II (M-Z), Türk Dil Kurumu, Ankara 1983, 845.

26 N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006, 280 vd.; S.Dönmezer/S.Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım II, İstanbul 1997, k.no.680 vd.; J.Wessels/W.Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 1999, 88 vd.; M.E.Artuk/A.Gökçen/A.C.Yenidünya, 5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2006, 479 vd.; A.Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, II-III, İstanbul 1992, 145 vd.; K.İçel/F.Sokullu-Akıncı/İ.Özgenç/A.Sözüer/F.S.Mahmutoğlu/Y.Ünver, İçel Suç Teorisi, 2, İstanbul 2000, 93 vd.; K.İçel/A.H.Evik, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2, İstanbul (tarihsiz), 83 vd.; T.Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, 248 vd.; B.Öztürk/M.R.Erdem, Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 2005, 133 vd.; D.Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, 193 vd.; T.Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, 19 vd.; İ.Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, 254 vd.; H.Hakeri, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 2005, 122 vd.; V.Ö.Özbek/P.Bacaksız/K.Doğan, Ceza Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Ankara 2006, 142-143.

27 Y.Ünver, Adliyyeye Karşı Suçlar, (TCK. m.267-298), Ankara 2010, 369.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bu hüküm kapsamında Umumi Hıfzıssıhha Yasası m.122'yi belirtmek gereklidir. Bu düzenlemeye göre; *“evlenecek erkek ve kadınlar evlenmeden evvel tıbbi muayeneye tabidir. Bu muayenenin sureti icrası ve teferrüatı hakkında Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletince bir nizamname neşrolunur”*. Bu amaçla yayınlanmış bulunan Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamname<sup>28</sup> m.2'ye göre; *“Hususi tabiplerin ve hükümet tabibinden gayrı etibbayı resmiyenin verdiği sıhhat raporları mahalli hükümet tabipliği veya vekili tarafından tasdik edilmedikçe muteber olmaz. Hükümet tabipleri bu raporları tasdik etmezden evvel mevcut kuyudattan hakkında sıhhat raporu verilen evlenme namzedinin Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 123 ve 124. maddelerinde mezkur evlenmeğe mani hastalıklardan biriyle malul olup olmadığını araştıracaklardır. Hükümet tabipliğinin resmi mühürünü ve tabibin imzasını havi olmayan sıhhat raporları muteber değildir”*. Ayrıca Nizamname m.4 ve m.5'de erkek ve kadınların ne biçimde bir muayeneye tabi tutulması gerektiğini açıkça düzenlemiştir. Öte yandan Umumi Hıfzıssıhha Yasası<sup>29</sup> m.123'de frengi, belsoğukluğu, yumuşak şankır, cüzzam ve marazı akliye (akıl hastalığı) hastalığının evlenme engeli olduğu açıkça belirtilmiştir ve belirtilen hastalıklardan birine yakalanmış bulunan kişinin evlenmesinin, iyileştiği rapor ile sabit oluncaya kadar yasak olduğunu açıkça düzenlemiştir.

Genel Kadınların ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü<sup>30</sup> m.25'de genel kadınlar bakımından muayene zorunluluğu getirilmiştir. Bu noktada genital muayenenin, gerçekleştirilecek muayene kapsamında bulunduğu ifade edilmektedir<sup>31</sup>. Ayrıca Umumi Hıfzıssıhha Yasası m.106 düzenlemesi ile de belli kişiler bakımından özel durumları nedeniyle muayeneye yapılması mümkün kılınmıştır<sup>32</sup>.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.75-76 ve Ceza Muhakemesi Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkındaki Yönetmelik hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilen genital muayene hukuka uygun kabul edilecek ve gerçekleştirilen fiil suç oluşturmayacaktır. Bu noktada hukuka aykırılığın yasal düzenlemelerin belirlediği şekil ve maddi şartlara sıkı sıkıya uymakla gerçekleşeceğini belirtmek zorunludur.

28 RG 21.09.1931, No.1904.

29 24.04.1930 Gün ve 1593 sayılı Yasa (RG 06.05.1930, No.1489), H.Hakeri/Y.Ünver/Ö.Y.Çakmut, Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı, Ankara 2010, 272.

30 RG 19.04.1961, No.10786.

31 Dülger, Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene, 1275 vd.

32 Hakeri/Ünver/Çakmut, Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı, 269-270.



Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden olan ilgilinin rızası (TCK m.26/2) hukuka uygunluk nedeninin genital muayene suçu bakımından özellikle ele alınması gereklidir. Kişinin üzerinde mutlak surette serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olarak vereceği rıza hukuka uygunluk nedeni oluşturacaktır. Beden bütünlüğünün korunmasına ilişkin hukuki menfaatten rızası ile vazgeçen kişinin bizzat gerçekleştireceği irade açıklaması yasal koşulları çerçevesinde hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır<sup>33</sup>. Genital muayeneye maruz kalacak ilgili rıza gösterme ehliyetine sahip değil ise bu durumda rızayı gösterecek olan ebeveyn-veli veya vasi bakımından hareketinin TCK m.287 anlamında suç olup olmadığına ilişkin durumun değerlendirilmesi gerekmektedir: 1) Ebeveyn-veli veya vasi genital muayeneye fiziksel ve/veya psikolojik bir rahatsızlığı teşhis ve tedavi amacıyla çocuğu gönderiyor ya da muayene yapıyorsa gerçekleştirilecek müdahale ve müdahaleye verilen rıza hukuka uygun olacak<sup>34</sup>, hareket suç teşkil etmeyecektir. 2)Ebeveyn-veli veya vasi, tıbben zorunluluk-endikasyon bulunmadığı halde –özellikle bekaret kontrolü amacıyla- çocuklarını muayeneye gönderiyor ya da muayene yapıyorsa –verilen rıza hukuka uygun olma koşullarını taşımadığından<sup>35</sup>- fiil suç teşkil edecek ve TCK m.287 anlamında suçun faili olacaklardır.

### 3. Kusurluluk

Genital muayene suçu kasten işlenebilen suçtur. Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Faildeki saikin önemi yoktur<sup>36</sup>. Önemle belirtmek gerekir ki, faildeki kast genital muayeneye gönderme veya genital muayene yapma biçiminde olmalıdır. Eğer fail cinsel dürtülerle hareket etmiş ise cinsel saldırı (TCK m.102/1) veya çocukların cinsel istismarı (TCK m.103/1) suçlarının oluşması söz konusu olacaktır<sup>37</sup>.

33 AİHM, Türkiye'ye karşı açılan 2003 tarihli (Y.F.) kararında bir kişinin rızası olmaksızın jinekolojik muayeneye tabi tutulmasını Sözleşme m.8 kapsamında özel yaşama saygı hakkının ihlali olarak görmüştür. Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 981. Aynı yönde bir başka AİHM kararı için bak.B.E.Kazançı, "Türkiye'de Tutuklu Bulunan Bir Alman Bayanın Genital Muayenesi (AİHM 13.05.2008 tarih ve 52515/99 sayılı Juhnke/Türkiye Davası)", *Fasikül*, 2, 10 (Eylül 2010), 22 vd. Rızanın geçerli olabilmesinin koşulları konusunda ayrıntılı bilgi için bak.Ö.Y.Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi*, İstanbul 2003, 193 vd.

34 Çocuklara ilişkin verilen rızanın geçerlilik koşullarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bak. Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, 193 vd.

84 Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi*, 195 vd.

36 O.Yaşar/H.T.Gökcan/M.Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C.VI (Madde 257-345), Ankara 2010, 8107.

37 Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 979.

Suç doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir<sup>38</sup>. Kastın bir türü olarak olası kast, TCK m.21/2'de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, failin, suçun yasal tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Suçun olası kastla işlenmiş olması halinde, ceza indirilir.

Fail, yetkili hakim veya savcı kararı olmadığı halde var olduğu zannı ile hareket etmiş ve içine düştüğü bu hatada "kaçınılmazlık" varsa TCK m.30/4 düzenlemesi nedeniyle kusuru ortadan kalkabilecektir<sup>39</sup>.

## VII. SUÇ VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER

### 1. Suçu ağırlaştırıcı nedenler (suçun nitelikli halleri)

Genital muayene suçu bakımından Türk Ceza Yasası'nda özel bir ağırlaştırıcı neden öngörülmüş değildir.

### 2. Suçu hafifleten nedenler

Genital muayene suçu bakımından özel bir hafifletici neden öngörülmüş değildir. Genel hükümler arasında yer verilen ve tüm suçlar için geçerli olan hafifletici nedenler, bu suçta da geçerli olur.

## VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### 1. Teşebbüs

TCK m.287'de düzenlenmiş genital muayene suçu, muayeneye göndermek veya muayeneyi yapmak seçimlik hareketlerinden birinin işlenmesi ile tamamlanmaktadır. Özellikle *muayeneye göndermek* hareketi bakımından suçun tamamlanması için muayenenin gerçekleşmiş olması aranmamaktadır<sup>40</sup>. Suç, her iki hareket bakımından da ani suç olma özelliğine sahip bulunmakla birlikte icra hareketleri itibarıyla bölünebilir ve zamana yayılabilir niteliğe sahip görüldüklerinden bu durum suç bakımından kanaatimizce teşebbüsün mümkün olabileceğini ortaya koymaktadır<sup>41</sup>.

### 2. İctima

Genital muayene suçunun zincirleme suç biçiminde işlenmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durmak gereklidir. Suçun seçimlik hareketlerine göre konunun ele alınması zorunludur:

38 Ünver, Adliye Karşı Suçlar, 371.

39 Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 979-980.

40 Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 982.

41 Aynı yönde bak. Ünver, Adliye Karşı Suçlar, 371-372; Dülger, Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene, 1278; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 982. Karşı görüş için bak. Hakeri, Tıp Hukuku, 530.

Genital muayeneye gönderme hareketi bakımından suç zincirleme suç olarak işlenebilir. Mağdur aynı kişi ise aynı suç işleme kararı ile farklı zamanlarda suçun birden fazla işlenmesi mümkün olabilir. Benzer biçimde tek bir fiille birden fazla mağdura karşı da suçun işlenmesi söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla genital muayeneye gönderme suçu bakımından TCK m.43 uygulanabilecektir.

Genital muayene yapma hareketi bakımından suçun zincirleme suç biçiminde işlenebilmesi aynı mağdura karşı fiilin farklı zamanlarda aynı suç işleme kararı ile işlenmesi halinde mümkündür. Suçun farklı mağdurlara karşı aynı zamanda tek fiille işlenmesi ise olanaksız olduğundan bu halde zincirleme suç söz konusu değildir<sup>42</sup>.

Genital muayene suçunun failinin, cinsel saldırı (TCK m.102) veya çocukların cinsel istismarı (TCK m.103) suçlarından da sorumlu olup olmayacağı hususu üzerinde durmak içtima bakımından önem taşımaktadır. TCK m.102/1'de yer alan cinsel saldırı veya TCK m.103/1'de düzenlenmiş bulunan çocukların cinsel istismarı suçları bakımından failde cinsel dürtüleri tatmin maksadının bulunması gereklidir. Failin maksadı bu yönde ise kanaatimizce suç genital muayene suçu olmayacak, somut olayın özelliğine göre cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçlarından sorumluluk doğacaktır<sup>43</sup>. Ancak TCK m.102/2 ve m.103/2 kapsamında işlenen cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçları bakımından ise failde cinsel dürtüleri tatmin maksadının varlığı aranmaz. Vücuda organ ya da cisim sokulduğunun bilinmesi ve istenmesi bu nitelikte suçların oluşumu için gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla genital muayene vücuda cisim sokularak gerçekleştirilmek zorunda ise fail tek bir hareketle yasanın birden fazla hükmünü ihlal etmiş olacağından fikri içtima hükümleri çerçevesinde sorumluluk belirlenecektir. Eğer muayene bakımından vücuda cisim sokulması zorunluluğu olmadığı halde bu biçim bir hareket gerçekleştirilmişse cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı ve genital muayene suçu olarak iki ayrı suç söz konusu olacak ve failin sorumluluğu belirlenecektir<sup>44</sup>.

### 3. İştirak

Genital muayene suçu, iştirak bakımından bir özellik taşımamaktadır. Yasal düzenlemede suçun iki seçimlik hareketle işlenebildiği görülmekte-

42 Aynı yönde: Dülger, Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene, 1280; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 982.

43 Aynı yönde bak. Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 982.

44 Dülger, Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene, 1280.

dir. Bu durumda her bir seçimlik hareket bakımından suçta iştirakin her şekli mümkündür (TCK m.37-39). Failler genital muayeneye göndermek veya genital muayeneyi yapmak biçiminde belirlenmiş bulunan seçimlik hareketlerden biri çerçevesinde birlikte hareket etmiş olabilecekleri gibi; biri diğerinin eylemine, yardım etmek suretiyle, katılmış da olabilir<sup>45</sup>.

### IX. Yaptırım

Genital muayene suçunu düzenleyen TCK m.287'ye göre, faile verilecek ceza üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır. Hakim fail hakkında hükmedeceği hapis cezası kısa süreli hapis cezasıdır (TCK m.49/2). Bu cezanın TCK m.50 çerçevesinde seçenек tedbirlere çevrilmesi mümkündür<sup>46</sup>.

Genital muayene suçu bakımından hükmedilen hapis cezasının ertelenmesi, TCK m.51 çerçevesinde mümkündür.

Ayrıca, genital muayene suçundan dolayı mahkûm olan kişi, hapis cezasına çarptırıldığında, işlemiş bulunduğu suç kasıtlı olduğundan, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılır. Bu yoksunluklar, kişinin mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar sürer (TCK m.53/1-2)<sup>47</sup>.

45 Dülger, Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene, 1282; Ünver, Adliye Karşı Suçlar, 372.

46 Sözkonusu seçenек yaptırımlar şunlardır: 1)Adli para cezasına çevirme, 2)Mağdurun veya kamunun uğradığı zararı aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderme, 3)en az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme, 4)mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklama, 5)sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgeleri geri alma, belli bir meslek ve sanatı yapmayı yasaklama, 6)mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalışma.

47 Sözkonusu hak yoksunlukları şunlardır: 1)Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten yoksun kalma, 2)seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksun kalma, 3)velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan yoksun kalma, 4)vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzeli kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan yoksun kalma, 5)bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun kalma.

## X. Zamanaşımı

Genital muayene suçu bakımından (TCK m.287) dava zanaşımı, suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır (TCK m.66/1-e). Dava zanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi halinde, dava zanaşımı süresi en fazla oniki yıl olabilir (TCK m.67/4).

Suçun işlendiği sırada fail, oniki yaşını doldurmuş olup da henüz onbeş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin *yarısı*, onbeş yaşını doldurmuş olup da henüz onsekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin *üçte ikisinin* geçmesi zanaşımının dolması için yeterli sayılacaktır (TCK m.66/2).

## XI. Muhakemeye İlişkin Kurallar

Genital muayene suçu, adli makamlarca re'sen takip edilen suçlardandır. Suçun takibi, herhangi bir muhakeme şartına bağlanmamıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus failin kamu görevlisi olması halidir. Fail kamu görevlisi ise ve suçu görevi nedeniyle işlemiş ise 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Yasa<sup>48</sup> hükümlerini uygulamak gerekecektir. Öte yandan Ceza Muhakemesi Yasası<sup>49</sup> m.161/5 düzenlemesi karşısında adli göreve ilişkin bir sırada TCK m.287'de yer alan genital muayene suçunun işlenmesi durumunda soruşturma doğrudan Cumhuriyet Savcıları tarafından yapılacaktır<sup>50</sup>.

Suç önödeme veya uzlaşmaya tabi değildir.

Suç bakımından öngörülen ceza nedeniyle fail hakkında CMK m.231/5 çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun değerlendirilmesi gereklidir<sup>51</sup>. Bu kapsamda sanığın kabul etmemesi halin-

48 02.12.1999 Gün ve 4483 sayılı Yasa (RG 04.12.1999, No.23896).

68 04.12.2004 Gün ve 5271 sayılı Yasa (RG 17.12.2004, No.25673).

69 Dülger, Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene Suçu, 1283; Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu VI, 8110.

51 "Yönteme aykırı genital muayene suçundan verilen hükümlülük kararına ilişkin temyiz isteğinin incelenmesi sonunda dosya görüşüldü: Hükümlerden sonra 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren ve TCY.nın 7/2 madde ve fıkrası uyarınca sanık yararına olan 5728 sayılı Yasanın 562.maddesinin 1.fıkrası ile CYY.nın 231/5 madde ve fıkrasında öngörülen, hükmolunan cezanın geri bırakılması sınırının iki yıla çıkarılması ve söz konusu 562.maddesinin 2.fıkrası ile de CYY.nın 23/14 madde ve fıkrasındaki, suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olması koşulunun kaldırılması karşısında, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı tartışılması zorunluluğu, bozmayı gerektirmiştir", Y4.CD, 10.03.2009-4525/4378, O.Yaşar/H.T.Gökcan/M.Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, IV (Madde 257-345), Ankara 2010, 8111.

de hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği gözden uzak tutulmamalıdır (CMK m.231/6 son cümle)<sup>52</sup>.

Genital muayene suçunu (TCK m.287) yargılamakla görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yasa'ya göre, sulh ceza mahkemesidir<sup>53</sup>.

## XII. Sonuç

TCK m.287'de yer alan genital muayene suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası ile Türk Hukuk sistemine yeni girmiş bir düzenlemedir.

Suçun kabulünün temelinde toplumumuzda, özellikle gelenek ve göreneklerin ağır bastığı belli bölgelerde açık ya da gizli olarak yaygın biçimde uygulanan ve bilhassa kadınlar bakımından insan onurunun çiğnenmesini sonuçlayan *bekaret kontrolü* uygulamasına son verilmesi düşüncesi yatmaktadır.

Anayasa ve yasaların belirlediği sınırlar içinde kalmak kaydıyla belirli durumlarda insanların beden bütünlüğüne nasıl ve ne şekilde müdahale edilebileceği açıkça ortaya konulmuştur. Bu çerçevede dışında gerçekleştirilmek istenen her müdahale hukuka aykırı olacaktır. Dolayısıyla gelenek ve göreneklerin hukukun üstünde kabul görmesi hukuka aykırı uygulamaların doğmasına neden olacaktır. Bu noktadan hareketle TCK m.287'de yer alan genital muayene suçu ile insan onurunu zedeleyecek bir müdahalenin gerçekleştirilmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

## KAYNAKÇA

A.Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, II-III, İstanbul 1992,

A.Parlar/M.Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2 (Madde 141-345), Ankara 2007,

B.E.Kazancı, "Türkiye'de Tutuklu Bulunan Bir Alman Bayanın Genital Muayenesi (AİHM 13.05.2008 tarih ve 52515/99 sayılı Juhnke/Türkiye Davası)", Fasikül, 2, 10 (Eylül 2010),

B.Kuzu, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1988,

B.Öztürk/M.R.Erdem, Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 2005, D.Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005,

52 22.07.2010 Gün ve 6008 sayılı Yasa m.7 ile değişik 5271 sayılı CMK m.231 (RG 25.07.2010, No.27652).

53 26.09.2004 Gün ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m.10 (RG 07.10.2004, No. 25606).

- D.Tezcan/M.R.Erdem/R.M.Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2010,
- F.S.Mahmutoğlu, “Beden Muayenesi”, Fasikül, 2, 7 (Haziran 2010),
- H.Hakeri, Tıp Hukuku, Ankara 2007,
- H.Hakeri, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 2005,
- H.Hakeri/Y.Ünver/Ö.Y.Çakmut, Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı, Ankara 2010,
- <http://www.anlambilim.net/genital-nedir-73012.htm>, 15.08.2011, saat.20.50.
- <http://www.Hukuki.net/archive/index.php>, 19.07.2011, saat.11.10;
- <http://www.jinekolognet.com/kadin-genital-anatomi.asp>, 15.08.2011, saat.21.05.
- [http://tr.wikipedia.org/wiki/Sindirim\\_sistemi](http://tr.wikipedia.org/wiki/Sindirim_sistemi), 15.08.2011, saat.21.18.
- İ.Dülger, “Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, 28 Şubat-1 Mart 2008/ Dedeman –Ankara,
- İ.Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006,
- J.Wessels/W.Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 1999,
- K.İçel/A.H.Evik, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2, İstanbul (tarihsiz),
- K.İçel/F.Sokullu-Akıncı/İ.Özgenç/A.Sözüer/F.S.Mahmutoğlu/Y.Ünver, İçel Suç Teorisi, 2, İstanbul 2000,
- M.E.Artuk/A.Gökçen/A.C.Yenidünya, 5237 Sayılı Yeni TCK.ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2006,
- N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Gerekçeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2005,
- N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006,
- O.Yaşar/H.T.Gökcan/M.Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.VI (Madde 257-345), Ankara 2010,
- Ö.Beyazıt, “Genital Muayene Suçu”, CHD, 5, 13 (Ağustos 2010),
- Ö.Özlem, “Delil Toplama Yöntemi Olarak Bekaret Kontrolü ve Genital Muayene”,
- Ö.Y.Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi, İstanbul 2003,
- S.Dönmezer/S.Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım II, İstanbul 1997,
- S.Platin, “Genital Muayene Suçu”, <http://www.pilatinhukuk.com/detay/>, 19.07.2011, saat.11.20.
- T.Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006,
- T.Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003,
- Türkçe Sözlük, I (A-K), Türk Dil Kurumu, Ankara 1983,
- Türkçe Sözlük, II (M-Z), Türk Dil Kurumu, Ankara 1983,
- V.Ö.Özbek/P.Bacaksız/K.Doğan, Ceza Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Ankara 2006,
- Y.Ünver, Adliye Karşı Suçlar, (TCK. m.267-298), Ankara 2010





# SAHTE VEYA TAKLİT İLAÇLA MÜCADELE VE TÜRK CEZA KANUNU'NDA SAHTE VE TAKLİT İLAÇ SUÇLARI

Av. Bilge Aydın TEMİZ<sup>1</sup>

## A) GİRİŞ

Anayasa'mızın<sup>2</sup> 56. maddesi "...Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir..." der. Yine aynı maddenin 3. fıkrasında da "...Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir..." demek suretiyle, devlete de önemli bir ödev yüklemiştir. Aynı zamanda uluslararası belgelerde sağlık hakkını öncelikli haklar arasında saymışlardır.

Bir hastalığın teşhisini, iyileştirilmesi veya semptomlarının azaltılması için ilacın kullanıldığı düşünülüğünde de sağlıklı yaşamamız için ilacını vazgeçilmez yerinin olduğu da açıktır.

İnsanın kendini koruma içgüdüğü ve ilacın derde deva olma özelliği onu vazgeçilmez değerli bir ürün haline getirmektedir<sup>3</sup>.

Ancak, maalesef, birey olarak sahte ilaçların tehdidi altındayız. Gazete haberlerinden de görüleceği üzere, her geçen gün sahte ilaç vakaları artıyor. Bu durum sağlığımızın ne kadar büyük tehlike içinde olduğunu da göstermektedir.Söz konusu sorun sadece ülkemize has bir sorun olmayıp diğer ülkelerde de büyük sorun teşkil etmektedir. Sahte ilaç vakaları zaman zaman gazetelere de yansımaktadır. Aşağıda birkaç örneği yer almaktadır;

**"...Kullanım süreleri geçen ilaçların kutularını değiştirip piyasaya sürmek isteyenlere karşı başlatılan operasyonun devamında, İstanbul'un da aralarında bulunduğu 5 ilde 80 kişi gözaltına alındı:** Operasyonda; toplam 4 kamyon dolusu sahte kutulara konulmuş son kullanım tarihleri geçmiş ilaç ve paketlemeye hazır halde sahte ilaç kutuları ele geçirildi. Ankara, Konya, Batman, Samsun ve İstanbul emniyet müdürlüklerince ortaklaşa düzenlenen operasyonda, aralarında profesör, doktor ve eczacıların da bulunduğu toplam 80 kişi gözaltına alındı.Gö-

1 İstanbul Barosu Avukatı,Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi

2 T.C. Anayasası

3 Hamide Zafer, Marmara Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum No:3-4, Sahte ve Taklit İlaçla Mücadelede Kolluğun Görevi, Sayfa 209

zaltına alınan kişilerin Mali Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğü'ndeki işlemlerinin sürdüğü, ayrıca yurtdışında oldukları belirtilen 3 kişinin de arandığı öğrenildi. Çalıntı ve son kullanma tarihleri geçen ilaçların kutuları değiştirilerek piyasaya sürülmek istenmesine ilişkin 8-9 Mart 2007 tarihlerinde İstanbul, Adana, Ankara, Batman, Hatay, Konya ve Samsun'da düzenlenen "İksir" adlı operasyonda, 2'si kadın 43 kişi gözaltına alınmıştı. Operasyonun devamında da 26 kişi yakalanmıştı...<sup>4</sup>

**"...Afrika doğusundaki ülkelerde, Uluslararası Polis Teşkilatı'nın (Interpol) koordinasyonu ile düzenlenen operasyonlarda, 10 ton sahte ilaç ele geçirildiği bildirildi:** Interpol tarafından yapılan açıklamada, sahte ilaç operasyonu çerçevesinde Burundi, Kenya, Ruanda, Tanzanya, Uganda ve Zanzibar'da 80 kişinin tutuklandığı kaydedildi. Dünya Sağlık Örgütü'nün yardımıyla Interpol'ün koordinasyonu ile son iki ay içinde düzenlenen operasyonlarda sahte ilaçların imalatı, kaçakçılığı ve satışına karıştığından şüphelenilenlerin gözaltına alındığı belirtildi. Sahte ilaç üretimi ve satışının başta Afrika olmak üzere yoksul ve zengin ülkelerde arttığına dikkati çekiliyor. Interpol'ün sağlık alanındaki suçlarla ilgili biriminin başkanı Aline Plançon, halk için gerçekten büyük bir tehdit oluşturan, failleri için hala düşük riskli, yüksek kazançlı olan bu suçun engellenmesi için ülkelerin ortaklaşa çalışmayla somut adımlar atabileceklerini kaydetti...<sup>5</sup>.

**"...Sahte İlaç Alarmı:** Meme kanseri, hepatit ve romatoid artrit hastalıklarının tedavisinde kullanılan bazı ilaçlar "piyasada sahtelerinin tesbit edilmesi" nedeni ile eczane, ecza depoları ve hastanelerden toplatılıyor. Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü, meme kanseri, hepatit ve romatoid artrit hastalıklarının tedavilerinde kullanılan bazı ilaçlara, "piyasada sahtelerinin tespit edilmesi" nedeniyle 2. sınıf B seviyesinde geri çekme işlemi uyguladı...<sup>6</sup> .

Dünya Sağlık Örgütü (WHO)'nün rakamları ayrıca korku verici; gelişmiş ülkelerde kullanılan ilaçların %25-50'sinin uydurma ilaçlar olduğunu resmen açıklamış durumda... Bu ilaçların çoğunun orijinallerinden ayrılması oldukça zor. Para gibi çok teknik ürünlerin bile kolaylıkla kop- yalanabildiği günümüzde bir ilacın kendisinin ve kutusunun benzerinin yapılması çok ilkel imkanlarla bile gerçekleştirilebilir<sup>7</sup>.

4 <http://www.cnnturk.com/2007/turkiye/11/19/5.ilde.sahte.ilac.operasyonu.80.gozalti/405822.0/index.html>

5 [http://www.samanyoluhaber.com/s\\_446677\\_afrikada-10-ton-sahte-ilac-ele-gecirildi](http://www.samanyoluhaber.com/s_446677_afrikada-10-ton-sahte-ilac-ele-gecirildi).

6 <http://www.yg.yenicaggazetesi.com.tr/habergoster.php?haber=53888>

7 <http://www.hekimce.com/index.php?kiid=3159> 20.08.2011 Saat: 13:32

## B) İLAÇ KAVRAMI

İlaç, canlı hücre üzerinde meydana getirdiği tesir ile bir hastalığın teşhisini, iyileştirilmesi veya semptomlarının azaltılması amacıyla tedavisini veya bu hastalıktan korunmayı mümkün kılan, canlılara değişik uygulama yöntemleri ile verilen doğal, yarı sentetik veya sentetik kimyasal preparatlardır. Ticari ilaçlar ilaç firmaları tarafından üretilir ve genellikle patentlidir. Etken maddesinin patent süresi dolmuş ve birden çok firmanın üretebildiği ilaçlara ise jenerik ilaçlar denir. İlaçlar uygulama yoluna, kimyasal özelliklerine ve etkilediği biyolojik sitemlere göre sınırlandırılabilir. Daha güvenilir ve geniş kullanım alanına sahip sınıflandırma sistemi ise *Anatomical Therapeutic Chemical Classification System*dir (ATC sistemi)<sup>8</sup>.

İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu<sup>9</sup> 1. maddesi “ ...Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar ismi verilir... .” hükmünü içermektedir.

Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin<sup>10</sup> 4-c maddesi ise Beşeri Tıbbi Ürün/Ürünü “....Beşeri Tıbbi Ürün/Ürün : Hastalığı tedavi etmek ve/veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal ve/veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonunu..” şeklinde tanımlamaktadır.

Bu bağlamda, Av. Cahid Doğan'nın<sup>11</sup> da belirttiği üzere; tıbbi ürün ile ilaç kavramı eş anlamlı olmayıp, tıbbi ürün; ilacı da içine alarak, enterel beslenme ürünleri, tıbbi mamalar, veteriner tıbbi ürünleri de içine almaktadır.

8 <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0la%C3%A7> 20.08.2011 Saat:11:42

9 İSPENÇİYARİ VE TIBBİ MÜSTAHZARLAR KANUNU,Kanun Numarası :1262 Kabul Tarihi :14/5/1928 Yayımlandığı R.Gazete:Tarih :26/5/1928 Sayı:898Yayımlandığı R.Gazete:Tertip: 3 Cilt: 9 Sayfa:544

10 Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, Sağlık Bakanlığı 19 Ocak 2005 Tarihli Resmi Gazete Sayı: 25705

11 Cahid Doğan; Orijinal, Jenerik, Sahte ve Taklit İlaçlar “ Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Üniversitesi II. Sağlık Hukuk Sempozyumu 17,18 Mayıs 2010 Sayfa: 216

İlaçların sindirim kanalı aracılı ile kana geçiş yoluna enteral yol denir. Bunun dışında kalan enjeksiyon, buğuseptil gibi ilaç alma şekline de parenteral yol denir<sup>12</sup>.

### **Hazırlama Şekline göre ilaçlar<sup>13</sup>:**

**Majistral İlaç:** Doktor tarafından yazılan formüllü etken madde ve miktarlarına göre eczacının hazırladığı yapma ilaç şekli. Artık bazı kısıtlı cilt ilaçları dışında pek tercih edilmez.

**Ofisinal ilaç:** Farmakope’ de bulunan formüle göre eczacı tarafından hazırlanan, hazır bulundurulan ilaçlardır.

**Müstahzar:** Sağlık Bakanlığından alınmış ruhsatla ilaç firmaları veya ilaç laboratuvarları tarafından hazırlanan ilaçlardır.

### **İlaç iki kısımdan meydana gelir.<sup>14</sup>**

**Etkin madde (drog):** Canlıda fizyolojik etki gösteren bir veya birkaç kimyasal madde karışımıdır.

**Taşıyıcı (sıvağ):** Etkin maddenin hasta tarafından kolay alınabilmesi veya iyi doze edilebilmesi için katılan fizyolojik etkisi olmayan kimyasal maddelerdir (glukoz, parafin, gliserin gibi).

### **İlaçların farmasötik şekilleri<sup>15</sup>:**

**Tablet:** Tablet formunda bir veya daha fazla etken madde yardımcı maddelerle birlikte genellikle toz şeklinde baskı ile veya kaplanarak katı hale getirilirler. Şeker kaplı renkli olanlarına draje denir. Kontrollü salınan ve uzun süre etkin olanları vardır. Oral yolla yutularak, dil altı, vaginal ve makattan kullanılanları vardır. Ağızdan kullanımda bir ilaç mide, barsak ve kalınbarsakta emilebilir. Genellikle dolaşıma girerek etkisini gösterir. Çoğunlukla üretildikleri hal etkin halleridir. Bazıları midede veya emilim sırasında, bazen emildikten sonra karaciğerde aktifleşeler etkin hale gelir. Bazıları da belli ölçüde yıkılarak bu geçişlerde bozularak etkinliği düşebilir.

12 <http://www.aifd.org.tr/Yeni-ilac-ve-ar-ge/Orijinal-ilac-nedir.aspx> 21.08.2011 Saat: 12:30

13 <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0la%C3%A7> 20.08.2011 Saat:11:42

14 <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0la%C3%A7> 20.08.2011 Saat:11:42

15 <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0la%C3%A7> 20.08.2011 Saat:11:42

**Efervesan tablet:** Aslında tablet halinde hazırlanır, farklı olarak suda eritilerek kullanılan preparatlardır. Dahilen ve haricen kullanılan türleri vardır.

**Kapsül:** İlacın içeriğinin belli bir bölgeye kadar gastarointestinal sisteme karışmaması veya uygun formulasyon kaygısı gibi nedenlerle bazen ilaç etken maddesi dolgu maddesiyle birlikte değişik materyallerden yapılmış kapsüller içinde verilir.

**Flakon:** Üstü lastik kaplı küçük steril çam şişecik. Çoğunlukla içinde enjeksiyonluk toz bulunur. Bu tozlar çözelti içerisinde bozulabileceğinden ampul yerine, flakona konur. Yanlarında genellikle izotonik enjeksiyon sıvağı içeren ampul bulunur.

**Ampul:** Enjeksiyon uygulamalarında kullanılan ilaçların saklanması için kullanılır. Çoğunlukla im (kas içine) ve iv (damar içine) uygulanır. Steril ve izotonik hazırlanırlar.

**Krem:** Deriye sürülerek uygulanan yarı katı preparatlardır. Su bazlıdır.

**Merhem:** Deriye sürülerek uygulanan yarı katı preparatlardır. Yağ bazlıdır.

**Şampuan:** Özellikle kepeğe karşı ketakonazol içeren preparatlarda tercih edilir. Vizkoz sıvı preparatlardır.

**Saşe:** Toz halinde olup küçük poşetlerde bulunan preparatlardır.

**Toz:** Yapma ilaçların çoklukla yapıldığı dönemlerde Kaşe ile hastalara sunulurdu. Artık Farmasötik bir şekilden daha çok, bazı farmasötik şekillerin içerdiği etken ve yan maddelerin fiziksel durumunu ifade edebilir. Kapsüllerde sıklıkla kullanılır.

**Transdermal sistem:** Deri üstüne yapıştırılan bant. Bant ile deri içerisinde ilaç muhafaza eder. İlacı kontrollü salması avantajıdır. Uygulama bölgesinde hassasiyete neden olabilir. Uygulama bölgesinin kılsız olması tercih edilir. Günümüzde çoklukla nikotin ve nasır bantlarında kullanılmaktadır.

**İmplant sistem:** Deri altına uygulanan ilaçlardır. Salınımı kontrollü olduğu çoğunlukla tercih edilir. Etkisi aylarca sürebilir.

**İnhaler sistem:** Genellikle içinde toz bulunan havanın bazen de spreylerin çekilmesi esasına dayanan preparat. Solunum yolları hastalıklarında sıklıkla tercih edilir.

**Süspansiyon:** Sıvı içerisinde toz dağılımının bulunduğu preparatlardır. Kullanılmadan önce çalkalanmalı veya karıştırılmalıdır. Şurup ve Flakon çoklukla kullanıldığı Farmasotik şekillerdir.

**Şurup:** Sıvı halde bulunan ve oral yoldan kullanılan ilaçların çoğunlukla saklamak için kullanılır. Genellikle 40-200 ml şişeler içinde bulunan çözelti, emülsiyon veya süspansiyonlardır.

**Supozituar (fitil):** Genel olarak makat tan kullanılan yarı katı ilaç formu.

**Losyon:** Çoklukla saç ve deriye uygulanan sıvı preparatlardır.

**Emülsiyon:** Sıvı/sıvı dağılımı bulunan preparatlara denir.

**Damla:** Genellikle çözelti ve emülsiyon formunda göze kulağa ağza ve buruna lokal uygulanan steril preparatlardır.

**Sprey:** Cilde veya ağza uygulanabilen sıvı preparatlardır.

**Ovül:** Vajinal suppozituar. Vajinaya uygulanan ısıyla merhem kıvamına dönüşen haricen kullanılan tablet şeklindeki ilaç formu.

### **Orijinal İlaç-Jenerik İlaç**

**a) Orijinal ilaç<sup>16</sup>:** Uzun araştırmalar ve klinik çalışmaları sonucu belli bir hastalık üzerinde olumlu etki yaptığı kanıtlanmış, temeli patentli bir moleküle dayanan ve daha önceden benzeri olmayan yeni ilaçlar için kullanılan bir uluslararası terimdir. Orijinal ilaçlar, dünyanın bir çok ülkesinde güçlü yasalarla, patent ve veri koruma hakları şemsiyesi altında belli bir süre boyunca korunurlar. Bu süre içinde, başka bir ilaç şirketinin, bu ilacın benzerini üretmesine izin verilmez. Böylece orijinal ilaç üreticileri AR-GE yatırımlarını karşılayabilmekte ve yeni araştırmalar için kaynak yaratabilmektedirler.

**b) Jenerik İlaç<sup>17</sup>:** Orijinal ilacın yasal koruma süresinin dolması ile birlikte, ilaç şirketleri, orijinal ilacın benzerlerini piyasaya sürebilirler. Bu ilaçlar, "Jenerik İlaç" olarak adlandırılır. Jenerik ilaçları üreten firmaların, bu ilaçları piyasaya sürebilmeleri için bazı kurallara uymaları zorunludur:

16 <http://www.aifd.org.tr/Yeni-ilac-ve-ar-ge/Orijinal-ilac-nedir.aspx>  
21.08.2011 Saat: 12:30

21.08.2011,

17 <http://www.aifd.org.tr/Yeni-ilac-ve-ar-ge/Orijinal-ilac-nedir.aspx> 21.08.2011,

21.08.2011 Saat: 12:30

- Jenerik ilaç, orijinal ilaçla aynı etken maddeyi, aynı miktarda içermelidir.
- Aynı formülasyonda ve farmasötik şekilde olmalıdır.
- Orijinal ilaçla biyoeşdeğer olduğunun kanıtlanmış olması gerekmektedir.

Biyoeşdeğerliliği kanıtlanmış jenerik ilaçlar, yüz milyonlarda dolarlık araştırma harcaması yapmak zorunda kalmadan, orijinal ilaçların kanıtlanmış etkinlik ve güvenilirliğine dayanılarak piyasaya sunulurlar. Dolayısıyla jenerik ilaç çok daha ucuza mal edilebilir.

İlaç sektörünün, insanın yaşam kalitesini artırabilmesi için hem orijinal ilaçlara hem de jenerik ilaçlara ihtiyacı vardır. Orijinal ilaçlar, yeni, etkin ve daha güvenli tedaviyi insanlığın hizmetine sunarken: jenerik ilaçlar daha ekonomik bir alternatif oluştururlar. Bu bayrak yarışı, yaşam kalitesinin artırılması için sağlıklı bir döngü içinde çalışabilmelidir<sup>18</sup>.

### **Sahte İlaç - Taklit (Kopya) İlaç**

Orijinal ürünün koruma süresi tamamlanmadan, piyasaya sürülen ve orijinal ilaçla aynı etkiye sahip bulunan ürünlere *taklit (kopya) ilaç* denir<sup>19</sup>.

*Sahte ilaç* ise etiketinde yazılı olandan farklı maddeler veya farklı miktarlar içeren veyahutta aktif bileşenleri içeriğinde bulundurmayan ya da sahte etiket yapılandırılmış ürünlerdir. Orijinal veya jenerik tüm ilaçların sahtesi yapılabilmektedir<sup>20</sup>.

Taklit (kopya) veya sahte ilaç yapımı yasadışı bir faaliyet olarak onaylanmayan bir durumdur ve jenerik ilaç kavramı içine girmezler. Jenerik ilaç yasaların izin verdiği şartlarını belirlediği hukuki bir olgudur<sup>21</sup>.

---

18 <http://www.aifd.org.tr/Yeni-ilac-ve-ar-ge/Orijinal-ilac-nedir.aspx> 21.08.2011, 21.08.2011 Saat: 12:30

19 Öner Süzer, Biyoeşdeğerlik ve Jenerik İlaçlar, [www.onersuzer.com](http://www.onersuzer.com), 21.08.2011, Saat: 12:48

20 Öner Süzer, Biyoeşdeğerlik ve Jenerik İlaçlar, [www.onersuzer.com](http://www.onersuzer.com), 21.08.2011 Saat: 12:48 , .

21 Ozlem Yenerer Çakmut, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 01.06.2007 Tarihli İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı Konulu Sempozyum Kitabı sayfa 129

## C) TÜRKİYE'DE SAHTE İLAÇ İLE MÜCADELE VE YAŞANILAN ZORLUKLAR

### 1) Sahte İlaç İle Mücadele

Bugün için ilaç piyasası yasa dışı fiillerin yoğun olarak yaşandığı bir alandır. Son yıllarda, Dünya Sağlık Örgütü'nün tespitlerine göre dünyadaki ilaçların %6'sı sahtedir. Bazı gelişmekte olan ülkelerde ilaçların %50'sinin sahte olduğu; bu oranın Afrika kıtasında %80'lere kadar çıktığı ifade edilmektedir. Sahte ilaçların çoğunun Hindistan ve Çin'de üretildiği ve ayrıca yüzlerce jenerik ilaç üreticisinin olduğu bu ülkelerde kontrollerin de yeterli olmadığı ifade edilmektedir<sup>22</sup>. Bu durum sahte ve/veya kopya ilaç ile mücadelenin ne kadar etkin olması gerektiğini göstermektedir.

Sahte ilaç ile mücadelede en önemli unsurlardan biri de kamu ile özel sektör kuruluşlarının sürekli işbirliği içerisinde çalışmasıdır. Sahte ilaç ile mücadeleyi sadece marka suçları açısından düşünmek yeterli olmayacaktır. Tekrar belirtmek gerekirse özellikle toplum sağlığı açısından her kesimin bu mücadeleye katılması zorunludur. Caydırıcı bir takım tedbirlerin, özellikle TCK bağlamında, alınması sahte ilaçların üretilmesi ve/veya piyasaya sürülmesi konusunda etkili olacaktır.

Dünyada da sahte ilaç ile etkin mücadele edilmektedir. Özellikle Dünya Sağlık Örgütü'nün bu konuda ciddi çalışmaları bulunmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü'nün kurduğu Uluslararası Sahte İlaç Ürünleri Sahteciliği ile Mücadele Özel Görev Grubu (IMPACT -International Medical Products Anti-Counterfeiting Taskforce) bunlardan bir tanesidir.

Özünde IMPACT ülke bazında ve ülkeler arası network'ler kurmak sureti ile sahte ilaçların dünyada üretimini, ticaretini ve satışını durdurmayı amaçlamaktadır. IMPACT sahte ile mücadele eden büyük oyunculardan meydana gelen, içerisinde uluslararası örgütler, kolluk kuvvetleri, sivil toplum kuruluşları, ilaç üreticileri dernekleri ve ilaç eczacılık hükümet memurları bulunduran bir oluşumdur. 2006 yılında WHO'nun bünyesinde kurulan bu özel görev grubu toplam beş çalışma gurubundan oluşmaktadır. Bu gruplar şöyledir<sup>23</sup>:

22 Ozlem Yenerer Çakmut, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 01.06.2007 Tarihli İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı Konulu Sempozyum Kitabı sayfa 126

23 Cengiz Gümüştüs, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 07.05.2009 Tarihli Sahte-Taklit İlaç İdari-Cezai-Hukuki Sorumluluk ve Uygulama Konulu Sempozyum Kitabı sayfa 206



- Yasama, Mevzuat Altyapı
- Mevzuat Uygulama
- İcra
- Teknoloji
- İletişim

Sahte Ürün = Sahte İçerik + Sahte Paket formülü ilk akla gelen ve genel kullanımı daha yaygın tanım olmak ile birlikte Dünya Sağlık Örgütü (WHO) bu tanımı biraz daha genişleterek doğru etken madde ve içerik kullanılsa bile sahte paket içerisine konulduğu takdirde ürünün tamamının sahte sayılacağını belirtmiştir<sup>24</sup>.

Sahte bir ilaç, kimliği (ismi) ya da kaynağı bilinçli olarak ve suistimal yolu ile olduğundan farklı gösterilen (etiketlenen) ilaçtır. Sahtecilik hem markalı hem de eşdeğer ürünlere karşı yapılabileceği gibi sahte ürünler doğru içerik ya da yanlış içerik veya etken madde olmaksızın ya da yetersiz derecede etken madde kullanarak veya sahte paket ile satışa sunularak gerçekleştirilebilir<sup>25</sup>.

Türkiye’de sık yaşanan Son Kullanım Tarihi’nde (STK) tahrifat sureti ile tarihi geçmiş orijinal ilaçların piyasaya sürülmesi eklendiğinde karşımıza üç farklı formül çıkmaktadır<sup>26</sup>.

Sahte Ürün = Sahte İçerik + Sahte Paket

Sahte Ürün = Orijinal İçerik + Sahte Paket

Sahte Ürün = Orijinal İçerik + Orijinal (Tahrif Edilmiş)Paket

## 2) Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar<sup>27</sup>

### · Yeterli Sayıda Uzman Savcılık ve Mahkeme Bulunmayışı

Her ne kadar büyük illerde ihtisas mahkemeleri kurulmuşsa da bunun

24 Cengiz Gümüşüstü, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 07.05.2009 Tarihli Sahte-Taklit İlaç İdari-Cezai-Hukuki Sorumluluk ve Uygulama Konulu Sempozyum Kitabı sayfa 203

25 Cengiz Gümüşüstü, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 07.05.2009 Tarihli Sahte-Taklit İlaç İdari-Cezai-Hukuki Sorumluluk ve Uygulama Konulu Sempozyum Kitabı sayfa 203

26 Cengiz Gümüşüstü, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 07.05.2009 Tarihli Sahte-Taklit İlaç İdari-Cezai-Hukuki Sorumluluk ve Uygulama Konulu Sempozyum Kitabı sayfa 203

27 Cengiz Gümüşüstü, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 07.05.2009 Tarihli Sahte-Taklit İlaç İdari-Cezai-Hukuki Sorumluluk ve Uygulama Konulu Sempozyum Kitabı Sayfa 206-207-208

taşra illerinde yaygın olmaması uygulamada ve neticesinde kararlarda farklılıklar doğmasına sebebiyet vermektedir. Kanunların farklı yorumlanması bazen açılan davaların düşmesine ya da hiç dava açılmamasına kadar gitmektedir. Bu karışıklık özellikle aynı anda aynı ürün hakkında farklı illerde açılan davalarda ya da arama kararı taleplerinde farklı sonuçlar çıktığında kendini daha bariz olarak göstermektedir.

#### · Mücadelede Uygun Birimlerden Yararlanılmaması

Sahte ile mücadele (özel sektör) kapsamlı bir konu olup konusunda tecrübeli, hukuk sistemine aşina, marka kavramını yakından tanıyan ve güvenlik birikimi olan bireylerden oluşan bir ekip ile yerine getirilebilecek bir hizmettir. Günümüzde ilaç sahteciliğinin boyutları öyle bir hale gelmiştir ki, verilen tarife uygun olarak bir araya getirilen ekipler bile kifa-yetsiz kalmakta ve dışarıdan (taşeron) hizmet almaktadırlar.

Hal böyle iken Türkiye'deki uygulamaya bakıldığında mücadelenin ya "Satış" ya "Kalite Kontrol" ya da "Hukuk" departmanları tarafından üstlenildiği ve hukuk sisteminde ise ceza davaları yerine daha çok hukuk davaları ile mücadele edildiği gözlemlenmektedir. Maliyet açısından daha ucuz bir çözüm olarak görülen "Satış Departmanı"na mücadele görevleri verme eğilimi nedeniyle, satış personelinin zaman zaman sahtecilerin tehditleri ile karşılaştığı ve riskli durumların oluştuğu gözlemlenmektedir. Tehditlerden çekinen ve bunu üst yönetime aktarmayan personel aynı zamanda mücadelenin sonuçlarının yanlış ölçülmesine sebebiyet vermektedir.

Mahkeme ve ifade verme tecrübesi olmayan personel, dava sürecinde firmaya yeterince yardımcı olamamakta hatta bazen olumsuz sonuçların doğmasına neden olmaktadır.

İki departmanın da kullanımında oluşan olumlu ve olumsuz farklar aşağıdaki tabloda verilmiştir.

<b>Mücadelede Kullanılan Departmanlar Arasında Kıyaslama</b>	
<b>Satış Departmanı</b>	<b>Marka Koruma Departmanı</b>
Satış ve Müşteri Odaklı	Sahteci Odaklı
Uzmanlık genellikle bir veya birkaç ürün ile sınırlı	Uzmanlık bütün ürünler ve sahtelerini kapsıyor

Şirket ürünleri ile sınırlı (bazen rakip firmaların eşdeğer ürünleri hakkında bilgi sahibi)	Şirketin bütün ürünlerinin yanı sıra diğer şirketlerin Marka Koruma Departmanları ile temasta
Hedef olmaya hazır değil, çekingen	Hedef olmaya hazır, tecrübeli
Meşru Müşteri ve Satışlar Konusunda Tecrübeli	Gayrimeşru işlerin tespitinde tecrübeli

### · Teknoloji Kullanımı

Sahteciler, İnternet çağı olarak da adlandırılan günümüzde eskiden bulunması çok güç ve bulunsa da fiyatı çok pahalı olan üretim makinelerini artık çok uygun şartlarda elde edebiliyorlar. Diğer bir değişle sahteciler şekil, görüntü ve baskı olarak gerçeğine çok yakın sahte ürünleri üretip yine internet vasıtası ile neredeyse sifıra yakın masraf ile bu ürünleri dünyanın her yerinde pazarlayabiliyorlar.

Marka sahipleri bu durum karşısında eskiden çok fazla üzerinde durmadıkları ve basit teknolojiler ile üretilen paketler konusunda önlemler almaya başladılar. Hologram, RFID ve renk değiştiren özel mürekkepler alınan önlemlerden bazıları. Bu teknolojilerin kullanımı ile birlikte mahkemede verilen uzman şahit ifadeleri ve ifadelerde önlemlerin hangilerinin ne kadar açıklanabileceği hususları önemli bir hal aldı. Zira sahteciler mahkeme raporlarının kopyalarından hareket ile önlemlerin teknik detaylarına ulaşabilme imkanına sahip olmaya başladı.

Diğer yandan teknolojinin gelişmesi ile mahkemeler daha önce çıplak gözle gördükleri ancak artık görülmeyen farkları ihtiva eden uzman analist raporlarına daha fazla itibar etmeye başladı. Bu tür uzman şahitlerin bilirkişiden farkı, ürünü ve ürünün üzerinde şirket sırrı niteliğindeki belirleyici özellikleri bilen kişiler olması.

### · Kullanılan Yazılım ve Donanım

Globalleşme ile birlikte Marka Koruma birimlerinin artık yerelden ziyade küresel olarak takibat yapmaları gerekliliği ortaya çıkmıştır. Uzman personel başına aylık 1000'in üzerinde dosya düşmesi olağan kabul edildiği yerde bu yoğunlukta ve miktarda dosyanın kontrol altına alınması ve aralarında (varsa) ilişkilerin çıkarılması ancak sofistike yazılımlar sayesinde yapılmaktadır. Bu yazılımların aynı zamanda kolluk kuvvetlerinde

bulunması hem işbirliğini arttırmakta hem de mücadelede bu tarafı daha etkin kılmaktadır. Yazılımın yanı sıra zaten kendi Ar-Ge ihtiyaçları için laboratuvarları olan markalar şimdi de marka ve sahte inceleme (analiz) laboratuvarları oluşturmakta ve birbirleriyle bilgi alışverişinde bulunmaktadırlar. Laboratuvar cihazları üreten firmalar, sahtenin tespiti için özel olarak tasarlanmış cihazları piyasaya çıkarmaktadır artık. Burada hukuk sistemi açısından yaşanan sıkıntılardan bir tanesi, bu cihazların sadece yurt dışındaki bazı laboratuvarlarda bulunması ve mahkemelerin delillerin yurtdışına gönderilmesine sıcak bakmamasıdır.

#### **D) TÜRK CEZA KANUNU'NDA SAHTE VE TAKLİT İLAÇ SUÇLARI**

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Özel Yasası Özel Hükümler kitabında Toplum Karşı Suçlar konulu üçüncü bölümde 186 ve 187. maddelerinde “bozulmuş ve değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti” ile “kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma” suçları bulunmaktadır.

##### **1) Madde 186- Bozulmuş ve Değiştirilmiş Gıda veya İlaçların Ticareti Suçu**

“(1) Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş, değiştirilmiş her tür yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilaçları satan, tedarik eden, bulduran kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adli para cezası verilir. / (2) Bu suçun, resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır”.

##### **a) Suçla korunan hukuki değer**

Bu suçla kamu sağlığı korunmak istenmektedir. Suçun Türk Ceza Kanununda düzenlendiği bölüm dolayısıyla belli kişi veya kişilerin değil, önceden belirlenmesi mümkün olmayan bireylerin sağlığının tehlikeye atılmamasının sağlanmak istendiği görülmektedir. Bu tür fiillere karşı kamuyu oluşturan bireylerin kendilerinin önlem alması beklenemeyeceğinden, genel olarak kamu sağlığının korunması hedeflenmiştir. Nitekim, 1982 Anayasası m.56'da devlet herkesin yaşamını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Bu konuda genel yasalar dışında Umumi Hıfzıssıhha Kanunu gibi özel yasalarda da düzenlemeler bulunmaktadır<sup>28</sup>.

28 Nur Centel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum 3-4 sayfa 219

**b) Suçun faili ve mağduru**

Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçunun faili herkes olabilir. 5237 sayılı TCK m.186'da, bireylerin yaşamını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş, değiştirilmiş her türden yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilaçları satan, tedarik eden, bulunduran "kimse"den söz edildiği için, suçun faili açısından bir özellik söz konusu değildir. Ancak, suçun nitelikli halinde failin belli sıfatının bulunması aranmıştır. Buna göre, fail resmi izne dayalı olarak bir meslek ve sanatı icra eden kişi ise ceza ağırlaşacaktır (TCK m.186/2)<sup>29</sup>.

Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçunun mağduru herkes olabilir. Bu suçta belli bir mağdur bulunması aranmamış, genel olarak kamu sağlığı korunmak istenmiştir<sup>30</sup>.

**c) Suçun Unsurları****1. Maddi Unsur**

TCK m.186'ya göre, bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçunda maddi unsur, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş veya muhteviyatı değiştirilmiş her türlü yenilecek veya içilecek şeylerin ya da ilaçların satılması, tedarik edilmesi veya bulundurulmasıdır.

**2. Hukuka aykırılık unsuru**

Suçun oluşması, eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Suçun unsuru olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran ve TCK m.24 ve devamında yer almış bulunan hukuka uygunluk nedenleri, tüm suçlar açısından söz konusu olan genel nitelikteki hükümlerdir. Bu nedenlerden birinin varlığı halinde, fiil suç olmaktan çıkar ve faile ceza verilmez. Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçu açısından bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, eylemi suç olmaktan çıkartacaktır<sup>31</sup>.

**3. Manevi unsur**

Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçunda manevi unsur kasttır; bu suç taksirle işlenemez. Failin bilerek ve isteyerek hareket etmiş olması suçun oluşması için yeterlidir; saikin önemi yoktur<sup>32</sup>.

29 Nur Centel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum 3-4 sayfa 219

30 Nur Centel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum 3-4 sayfa 219

31 Nur Centel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum 3-4 sayfa 222

32 Nur Centel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum 3-4 sayfa 222

### c) Yaptırım

Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçunun TCK m.186/1'de düzenlenmiş bulunan temel şekli bakımından öngörülen ceza bir yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adli para cezasıdır.

Failin resmi izne dayalı olarak bir meslek veya sanatı icra eden kişi olması halinde ise suçun temel şekline göre belirlenecek ceza üçte bir oranında artırılacaktır (TCK m.186/2).

Ayrıca, bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçundan mahkûm olan kişi, işlediği suç kasıtlı olduğundan, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılır. Bu yoksunluklar, kişinin mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam eder (TCK m.53/1-2).

### 2) Madde 187-Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma Suçu

“(1) Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir. / (2) Bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.”

#### a) Suçla korunan hukuki değer

Bu suçla kamu sağlığı korunmak istenmektedir. Suçun Türk Ceza Kanununda düzenlendiği bölüm dolayısıyla güdülen amacın belli kişi veya kişilerin değil, önceden belirlenmesi mümkün olmayan bireylerin sağlığı ile yaşamının tehlikeye atılmamasını sağlamak olduğu görülmektedir. Bu tür fiillere karşı bireylerin kendilerinin önlem alması beklenemeyeceğinden, genel olarak kamu sağlığının korunması hedeflenmiştir. Nitekim, 1982 Anayasası m.56'da devlet herkesin yaşamını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Bu konuda genel yasalar dışında Umumi Hıfzıssıhha Kanunu gibi özel yasalarda da düzenlemeler bulunmaktadır<sup>33</sup>.

#### b) Suçun faili ve mağduru

Sağlığı ve yaşamı tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun faili herkes olabilir. 5237 sayılı TCK m.187'de, kişilerin yaşamını

33 Nur Centel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum 3-4 sayfa 225

ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan “kimse”den söz edildiği için, suçun faili açısından bir özellik söz konusu değildir. Ancak, suçun nitelikli halinde failin belli sıfatının bulunması aranmıştır. Buna göre, fail hekim veya eczacı ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatı icra eden kişi ise ceza ağırlaşacaktır (TCK m.187/2).

Bu suçun mağduru herkes olabilir. Bu suçta belli bir mağdur bulunması aranmamış, genel olarak kamu sağlığı korunmak istenmiştir<sup>34</sup>.

### **c) Suçun Unsurları**

#### **1. Maddi unsur**

TCK m.187'ye göre, sağlığı ve yaşamı tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma ve satma suçunda maddi unsur, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üretme ve satmadır.

#### **2. Hukuka aykırılık**

Suçun oluşması, eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Suçun unsuru olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran ve TCK m.24 ve devamında yer almış bulunan hukuka uygunluk nedenleri, tüm suçlar açısından söz konusu olan genel nitelikteki hükümlerdir. Bu nedenlerden birinin varlığı halinde, fiil suç olmaktan çıkar ve faile ceza verilmez . İnsan yaşamını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu açısından bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, eylemi suç olmaktan çıkartacaktır<sup>35</sup>.

#### **3. Manevi unsur**

Kişilerin yaşamını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma ve satma suçunda manevi unsur kasttır; bu suç taksirle işlenemez. Failin bilerek ve isteyerek hareket etmiş olması suçun oluşması için yeterlidir; saikin önemi yoktur. Failin suçu rakip firma ya da kişilerin ürün veya mallarının satışına engel olmak gibi bir amaçla işlemesi sonucu değiştirmez. Failin, başkalarının yaşamını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde yaptığı aktır. Önemli olan, failin başkalarının yaşamını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma ve satma bilinç ve iradesine sahip olmasıdır<sup>36</sup>.

34 Nur Centel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum 3-4 sayfa 225

35 Nur Centel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum 3-4 sayfa 228

36 Nur Centel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum 3-4 sayfa 228

#### d) Yaptırım

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun TCK m.187/1'de düzenlenmiş bulunan temel şeklinde ceza bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezasıdır. Adli para cezasının alt ve üst sınırı hükümde gösterilmemiştir. Bu nedenle hükmedilecek adli para cezası, TCK m.52/1 uyarınca beş günden az ve yediyüzotuz günden fazla olamayacaktır. Bu suçun TCK m.187/2'de düzenlenmiş bulunan nitelikli halinde, yani failin hekim veya eczacı ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatı icra eden kişi olması durumunda ceza suçun temel şekli için belirlenecek cezanın üçte biri oranında artırılması suretiyle bulunacaktır.

Ayrıca, kişilerin yaşamını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçundan mahkûm olan kişi, işlediği suç kasıtlı olduğundan, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılır. Bu yoksunluklar, failin mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam eder (TCK m.53/1-2).

#### E) SONUÇ VE ÖNERİLER

İlaç hepimiz için vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Sağlık otoritelerince sahte ilaçların sebep olduğu bir çok ölüm veya hastalık vakaları tespit edilmiştir. Bazen de olumlu veya olumsuz hiçbir etkisi olmayan ilaçlar hastaların iyileşmesine engel olduğu için zarar vermektedir.

Herkesin yaşadığı topraklarda sağlıklı bir biçimde yaşama hakkı vardır ve devlet bu amaçla gereken düzenlemeleri yapacaktır. Yeni nesillerin sağlıklı olması, sağlıklı büyüme evresi geçirmesi ile mümkündür. Dolayısıyla zararın ortaya çıkmasını beklemeden sağlık için tehlike yaratma olasılığı bulunan fiillerin en baştan önlenmesi ve bu tip eylemleri gerçekleştirmek isteyenlerin de cezalandırılması gerekir. Böylece bu yöndeki mücadele etkin olabilir ve amacın yaşama geçirilmesini sağlayabilir<sup>37</sup>.

İnsan sağlığını ve yaşamını tehdit eden taklit ve sahte ilaç üretimi ve pazarlanması başlı başına bir sanayi haline gelmiş ve bu alandaki rantın yüksekliği suça eğilimli kişileri bir an önce harekete geçmeye yöneltecek boyuta ulaşmış bulunmaktadır. Öyle ki, sahte ilaç satışındaki cironun 2010 yılında 75 milyar dolara ulaşacağı tahmin edilmektedir<sup>38</sup>. Bu sayılar

37 Özlem Yenerer Çakmut, Marmara Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum No:3-4, Sayfa 241

38 Belçika'nın başkenti Brüksel'de düzenlenen "Geleceğin Avrupasında Sağlık" konulu



konunun önemini vurgulamaya yetmektedir. Sahte ilacın yaşam ve sağlık açısından ne denli tehlikeli olduğunu açıklamak ise gereksizdir<sup>39</sup>.

Sahte ilaç ile mücadelede yasal düzenlemelerin gerekliliği yanında toplumsal bilinçlenme de gerekmektedir. Özellikle bu konuda sağlık otoritelerinin yapmış olduğu öneriler dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda hastaların ilaçlarını ruhsatlı eczanelerden temin etmesi gerekmektedir. İnternet sitelerinden ya da seyyar satıcılardan kesinlikle ilaç satın alınmamalıdır

Bununla birlikte ilaç dağıtım kanalları iyi denetlenmeli, güvenilir olmayan depolardan alım yapılmalıdır. Bu açılardan baskındığında sadece yasal düzenlemelerin yeterli olmayıp toplumsal bilincin de kazandırılması gerekmektedir. Kamu özel sektör işbirliği de sahte ilaç ile mücadelede oldukça etkili olacaktır.

#### KAYNAKÇA

- 1.<http://www.yg.yenicaggazetesi.com.tr/habergoster.php?haber=53888>
- 2.<http://www.yg.yenicaggazetesi.com.tr/habergoster.php?haber=53888>
- 3.<http://www.aifd.org.tr/Yeni-ilac-ve-ar-ge/Orijinal-ilac-nedir.aspx>.21.08.2011, 21.08.2011 Saat: 12:30
- 4.<http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0la%C3%A7> 20.08.2011 Saat:11:42
- 5.İSPENÇİYARİ VE TIBBİ MÜSTAHZARLAR KANUNU, Kanun Numarası: 1262 Kabul Tarihi: 14/5/1928 Yayımlandığı R.Gazete:Tarih :26/5/1928 Sayı:898Yayımlandığı R.Gazete: Ter-tip: 3 Cilt: 9 Sayfa:544
- 6.Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, Sağlık Bakanlığı 19 Ocak 2005 Tarihli Resmi Gazete Sayı: 25705
- 7.Cahid Doğan; Orijinal, Jenerik, Sahte ve Taklit İlaçlar “ Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Üniversitesi II. Sağlık Hukuk Sempozyumu 17,18 Mayıs 2010 Sayfa: 216
- 8.Öner Süzer, Biyoeşdeğerlik ve Jenerik İlaçlar, [www.onersuzer.com](http://www.onersuzer.com), 21.08.2011, Saat: 12.48
- 9.Öner Süzer, Biyoeşdeğerlik ve Jenerik İlaçlar, [www.onersuzer.com](http://www.onersuzer.com), 21.08.2011, Saat: 12.48
- 10.Cengiz Gümüştüs, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 07.05.2009 Tarihli Sahte-Taklit İlaç İdari-Cezai-Hukuki Sorumluluk ve Uygulama Konulu Sempozyum Kitabı sayfa 206
- 11.Nur Centel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum 3-4 sayfa 219

---

toplantıda sahte ilaç konusu ele alınmış ve 2010 yılında sahte ilaç satışlarının 75 milyar dolara ulaşacağını tahmin edildiği belirtilmiştir, <http://www.ntvmsnbc.com/news/374688.asp>, 29.5.2007.

39 Nur Centel, Marmara Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum No:3-4, Sayfa 230



# SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU BİLDİRMEMESİ

Av. Pınar BULUT<sup>1</sup>

## 1.GENEL OLARAK

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu<sup>2</sup> m. 280'de düzenlenmiş olan "sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi" suçu, ikinci kitapta dördüncü kısım olan millete ve devlete karşı suçlar ve son hükümlerin ikinci bölümü olan adliyeye karşı suçlarda düzenlenmiştir. Bu maddeyle ilişkili m. 278'de "suçu bildirmeme", m. 279'da "kamu görevlisinin suçu bildirmemesi" suçu yine aynı bölümde yer almaktadır.

Bu maddenin 1. fıkrasında, "*Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" 2. fıkrasında, "*Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.*" düzenlenmiştir<sup>3</sup>.

Bu düzenleme ile hekimlerin sır saklama yükümlülüğü kısmen kaldırılmıştır denilebilir<sup>4</sup>. Bu sebeple sağlık mesleği mensuplarının Hipokrat yemini ile 280. maddeden doğan yükümlülüklerinin bağdaştırılması zordur<sup>5</sup>. Hastaya ait sırların saklanması temeline insan onuru ve kişilik haklarının bulunduğu ve bunun anayasal koruma altında olduğu belirtilmektedir<sup>6</sup>. Klaus ULSENHEIMER' e göre susma yükümlülüğü tıbbın meslek etiğinin temel noktasıdır. Hipokrat'tan beridir bu ilkeye uyulmaktadır. Ancak bazı özel kanunlarda toplumsal tehlike içeren bulaşıcı bazı hastalıklara ilişkin bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. Amaç ise toplum sağlığının korunması olmuştur. Bu tip hastalıklarda (AIDS, HIV...) suç

1 İstanbul Barosu Avukatı , Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Ceza Anabilimdalı Yüksek lisans öğrencisi

2 12.10.2004 Gün ve 5237 sayılı Kanun (RG. 12.10.2004 No. 25611).

3 N. Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Gerekeçeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat 2008, 459.

4 Hakan, Kızıllarslan, Vücudun Muayenesi Örnek Alma, Ankara 2001, 305.

5 Klaus, Ulsenheimer, Arzstraferecht in der Preaxilise, Heidelberg, 2003, 269 aktaran H.Zafer, CMH'de Hekimin Meslek Sırrını Saklama Yükümlülüğü, İstanbul 2009, 37

6 K. Ulsenheimer, 269, aktaran Ayşe, Nuhoğlu, Roche Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler.Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Yükümlülüğü (TCK m.280), İstanbul 2009, 18.

ilişkin belirti olsun ya da olmasın hekimin bildirim yükümlülüğü doğacaktır<sup>7</sup>. Sır saklama yükümlülüğü ile suç bildirme yükümlülüğü arasındaki bu çelişki ancak, hekimin hastasını sırlarını saklama yükümlülüğünün bir istisnası olduğunun kabulüyle ortadan kalkacaktır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 530. maddesinde düzenlenen bu suç 1889 İtalya Ceza Kanunu'nun 439. maddesinden alınmıştır<sup>8</sup>.

## 2. Suçla Korunan Hukuki Yarar

Bu suç adliye karşı suçlar bölümü altında düzenlendiği için korunan hukuki yarar, adliyenin korunmasıdır<sup>9</sup>. İhbar yükümlülüğü ile suçların cezasız kalmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Böylelikle yargı faaliyetine gecikmeksizin başlanabilecek ve adliyenin saygınlığı da korunmuş olacaktır<sup>10</sup>. ÖNDER'e göre<sup>11</sup> adliye aleyhinde işlenen suçlar üçe ayrılmalıdır. ÖNDER'e göre bu suç ceza soruşturma ve kovuşturma amacı güttüğünden ceza soruşturması ve kovuşturmasına karşı işlenen bir suçtur.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun<sup>12</sup> 170. maddesinin 2. fıkrasına göre; suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturan delilleri elde eden Cumhuriyet Savcısı, iddianame düzenleyerek kamu davası açacaktır. Maddi gerçeği inceleyecek olan mahkeme açısından savcının soruşturma evresinde elde ettiği suç işlendiğine ilişkin veriler, suçun ilgili makamlara bildirilmesi hem toplumsal ve bireylerin hak ve menfaatleri açısından hem de suçla mücadele açısından önemlidir<sup>13</sup>.

Bu suç, esasta görevin kötüye kullanılması (TCK m. 257/2) suçunun özel şekli değildir. Zira bu suçun faili aşağıda ayrı bir başlık altında değerlendireceğimiz gibi kamu görevlisi olmayan sağlık meslek mensubudur. Ancak TCK m. 279 ile m. 280 arasında özel hüküm- genel hüküm ilişkisi olup olmadığı tartışmalıdır<sup>14</sup>.

7 Ulsenheimer, 269, aktaran H.Zafer, CMH'de Hekimin Meslek Sırrını Saklama Yükümlülüğü, İstanbul 2009, 37.

8 Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları iv, Ankara 1981, aktaran Ö.Çakmut, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu, Doç.Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, 1063.

9 Çetin, Arslan/Bahattin, Azizoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, 1123.

10 Sahir, Erman/Çetin, Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992, 175.

11 Ayhan, Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. bası, İstanbul 1994, 262

12 4.12.2004 Gün ve 5271 sayılı Kanun (RG. 17.12.2004 No. 25673).

13 Ö. Çakmut, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu, Doç.Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, 1064.

14 Nevzat, Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2007, 332. Aksi görüş, M. Muhtar, Çağlayan, Memur ve Kamu Görevlisi Kavramı ve Tıptan Kaynaklanan İdare Hukuku Sorunları, Ankara 2007, 138.

### 3. Suçun Faili

Suçun faili ancak kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubu olabilir. Bu bakımdan bu suç özgü (mahsus) suçtur. Hükmün 2. fıkrasında sağlık mesleği mensubu “tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler” dir. Görüldüğü gibi tanımda belirli meslekler sayılmış ancak ‘diğer kişiler’ denilerek sınırlı sayıda olmadığı belirtilmiştir<sup>15</sup>. Mevzuatımızda, diğer bazı kanunlarda ve diğer düzenleyici işlemlerde bu kavram tanımlanmıştır, ancak bu tanımlar birbiri ile tam olarak örtüşmemektedir<sup>16</sup>.

Türk Ceza Kanunu’ndaki tanıma bakıldığında suçun faili olabilecek kişi ya da kişilerin sağlık hizmeti<sup>17</sup> veren kişiler olması gerekmektedir.

Bu tanımlar dikkate alındığında fail, koruyucu ve/veya tedavi edici sağlık hizmeti veya rehabilitasyon hizmeti verenlerdir. Sağlık hizmetinin doğrudan veya dolaylı olarak verilmiş olmasının önemi yoktur, tıbbi hizmet olması yeterlidir. TCK’nin m. 280/2 de sayılan tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire dışında; sağlık memuru, diyetisyen, bir tahlil laboratuvarında görev yapan kişiler, klinik psikolog, röntgen uzmanı, biyolog, sünnetçi gibi meslek mensupları suçun faili olabilirler<sup>18</sup>.

Veteriner hekimlerin bu suçun faili olup olamayacağı tartışmalıdır. Doktrinde bir kısım yazara göre, esas alınan insan sağlığı olduğundan veterinerler bu suçun faili olamazlar<sup>19</sup>. Ancak diğer görüşe göre 765 sayılı Kanun’da 530. maddeye göre kişiler aleyhine suçlarla sınırlı bu hüküm 5237 sayılı Kanun’la alanı genişletilmiş tüm suçlar bakımından bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Bu görüşe göre suçla korunan hukuki yarar, adliye; amaç, suçların cezasız kalmasının önlenmesi olduğundan, veteriner, bir hayvana karşı bir suçun işlendiğinin belirtilerini görmesi halinde bildirim yükümlülüğünü yerine getirmelidir<sup>20</sup>.

15 A. Nuhoğlu, 19.

16 Halide, Savaş, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara 2007, 34.

17 224 sayılı ‘Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanunu’nun 2. maddesine göre, insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin etkisinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların ise alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetlerdir. (5.1.1961 Gün ve 224 sayılı Kanun [RG. 12.1.1961 No. 10705] ).

18 A. Nuhoğlu, 19.

19 Faruk, Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler III, Ankara 1993, 2582; Ö. Çakmut, 1064.

20 Yener, Ünver, Hekimin Cezai Sorumluluğu, İstanbul 2005, 138.

Bu suçun faili, 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcra-sına Dair Kanun ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu<sup>21</sup> hükümleri çerçevesinde sanatlarını hukuka uygun bir şekilde icraya yetkili kimseler olarak kabulü gerekir. 1219 sayılı Kanun'unun 25. maddesinde diploma-sı olmadığı halde tedavi işleminde bulunan kişinin hekim unvanını takın-ma suçunu işlemesi söz konusu olabilecektir<sup>22</sup>. Örneğin kırıkçı, çıkıkçı, üfürükçü diye adlandırılan kişiler bu suçun faili olamazlar<sup>23</sup>.

Ayrıca sağlık mesleği mensubu devlete bağlı bir sağlık kuruluşunda görev almakta ise bu suçun değil; TCK m. 279' da düzenlenen suçun fa-ili olacaktır. Gerekçeye göre, "devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımak-tadırlar. Bu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranmaları halinde, yukarıdaki madde hükmü uygulanacaktır<sup>24</sup>." Yukarıdaki madde hükmünden anlaşılan 279. maddedir.

#### 4. Suçun Unsurları

##### a. Maddi Unsur

Suçun maddi unsuru, sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sı-rada, bir suçun işlendiği yönünde, belirti ile karşılaşılması olmasına rağ-men suçu yetkili makamlara bildirmemesi veya bildirimi gecikerek ger-çekleştirmesidir<sup>25</sup>.

##### • *Görevin yapıldığı sırada ihbar yükümlülüğünün doğması*

Failin görevi ile suçu öğrenmesi arasında nedensellik bağı bulunması gerekir. 1219 Sayılı Kanun kapsamında görev sınırları çizilen sağlık mes-leği mensubunun görevin ifası sırasında bir suç belirtisiyle karşılaşması-yla bu durumu yetkili mercilere bildirmediği takdirde bu suç gerçekleşmiş olacaktır.

21 11.4.1928 Gün ve 1219 sayılı Kanun (RG. 14.4.1928 No. 863), 23. 1. 1953 Gün ve 6023 s. Kanun (RG. 31.1.1953 No. 8323). Buna göre TC vatandaşı olması, tıp fakültesi mezunu olmalı, diplomasını almış olması, tabipler odasına kayıtlı bulunması, hekimlik yapmaya engel hali olmaması gerekir.

22 Vural, Savaş/Sadık, Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu IV, Ankara 1999, 5937; Selami, Akdağ, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 1997, 895; F. Erem, 2582; Ö. Çakmut, 1064.

23 A. Nuhoglu, 20

24 N.Centel/H. Zafer/Ö. Çakmut, Gerekçeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2005, 459.

25 Ö. Çakmut, 1065. Bu konuda bildirme veya geç bildirmeyi suçun ön şartları olarak nitelendiren görüşler için bkz. A. Nuhoglu, bkz. dipnot 17, 20.

### · **Bir suçun işlenmesi**

Bu konuda kanun koyucu herhangi bir sınırlama yapmamıştır. Suçun niteliği konusunda herhangi bir ayırım yapılmadığı için re'sen veya şikayetle kovuşturulabilir; kasıtlı veya taksirli; kişilere, malvarlığına veya başka hukuki menfaatlere yönelik olabilecektir<sup>26</sup>. Yani bu suça aykırılığın mevcut olabilmesi için filin suç olarak yasada düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmış olması yeterlidir. Bu konuda eleştiriye açık durum, şikayete bağlı suçlarda bildirim yükümlülüğünün getirilmiş olmasıdır<sup>27</sup>. Bir suça maruz kalan mağdur bir an önce tedavi görüp gitmek isteyebilir, ifade vermek, savcılığa gitmek gibi işlemlerle uğraşmak istemeyebilir. Ancak sağlık mensubu bunu bildirdiği takdirde mağdurun ifadesinin alınması gerekecektir. Şikayete tabi ilgili suçun mağduru sırf kolluk işlemleri, ifade verme vs. uğraşmamak için tedaviden vazgeçebilecektir. Bu durumda kişilerin tedavisi ikinci plana itilmiş olacaktır. Bu sağlık mesleği mensubu kamu görevlisi ise TCK'nin 279. maddesinden sorumlu olur. 279. madde sadece re'sen kovuşturulabilir suçlar açısından mümkündür<sup>28</sup>. Ayrıca 5237 sayılı TCK' da kabahatler suç olmaktan çıkarılıp ayrı bir kanunda<sup>29</sup> düzenlendiği için kabahatlerin bildirilmemesi halinde bu suç oluşmayacaktır.

### · **Suçun işlendiği yönünde belirti ile karşılaşılması**

“Belirti” kavramına madde gerekçesinde karşılaşılmamaktadır. Belirti kavramı açıklanırken ceza muhakemesi hukukundaki açıklamalara gidilecek olursa; bilindiği üzere ceza muhakemesi hukukunda beyan, belirti, belge olmak üzere 3 tür delil vardır<sup>30</sup>. Belirti, gerçek dış dünyada varlığı olan olaydır. Belge ve beyan delilinden farklı yanı ispatlanacak olayı “dolayısıyla” ortaya koymasındır. Diğer delillerle desteklenmelidir gerekir. Belirti delili “*tabii belirti*” ve “*sun’i belirti*” olmak üzere ikiye ayrılır. *Tabii belirti*, suçu işleyenin iradesi dışında, olayı tabii bir şekilde temsil eden olayın parçalarından biridir<sup>31</sup>. *Sun’i belirti* ise doğal olmayan yapay olarak bir anlaşma ile temsil eden insan yapısı işarettir<sup>32</sup>. Suçta kullanılan tabanca,

26 Ö. Çakmut, 1065.

27 N. Toroslu ,332; Süheyl, Donay, Şikayetten Vazgeçmenin Bir Karşılık Sonucu Yapılması, İÜHF, 366.

28 A. Nuhoglu, 21.

29 30.03.2005 Gün ve 5326 sayılı Kanun (RG. 31.3.2005 No. 25772).

30 Nurullah, Kunter/Feridun, Yenisey/Ayşe, Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemeleri Hukuku, I. Kitap, 17.Bası, İstanbul 2009, 609.

31 Ö. Çakmut, 1066.

32 A. Nuhoglu, bkz. dipnot 23, 22.

arabanın bıraktığı fren izi *tabii belirti* iken; bir çantanın kime ait olduğunu gösterir işaret, damga, üniforma, imza vs. *sun'i belirtidir*<sup>33</sup>

MERAN'a göre suç şüphesi tek başına hekim hakkında suçü bildirme yükümlülüğü doğurmayacaktır.

· **Bildirim yapılacağı merci**

TCK'nin 280. maddesinde "yetkili makamlara" bildirimden söz edilmektedir. Bu makamlar ihbar ve şikayetleri kabul konusunda yetkili olan veya ihbar ve şikayetlerin yapılacağı makamlardır. Yani soruşturmaya başlama yetkisi olabileceği gibi böyle bir yetkisi olmayıp kendisine yapılan bildirim soruşturmaya yetkili makama iletmekle de yükümlü tutulmuş olabilir<sup>34</sup>. CMK m. 158' de bu yetkili makamlar sayılmıştır. Buna göre, bildirim ve şikayet Cumhuriyet Başsavcılığı'na veya kolluk makamlarına yapılacaktır. 2. fıkrasında Cumhuriyet Başsavcılığı'na iletilmek üzere valiliğe, kaymakamlığa, mahkemeye, 3. fıkrasında yurt dışında işlenen suçlar açısından Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına, 4. fıkrasında kamu göreviyle bağlantılı olarak işlenen suçlarda ilgili kurum ve kuruluş idaresine de bildirim yapılabilecektir. İlgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikayet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir. Bu ihbar ve bildirim yapıldığı takdirde sorumluluk doğmayacaktır<sup>35</sup>. Yargıtay kararlarına göre, soruşturma evresinin başlangıcında ölçü olan "suç şüphesinin yetkili mercilerce öğrenilmesi" ifadesinde yetkili makamdan kasıt, kolluk ve Cumhuriyet Savcılıklarıdır<sup>36</sup>.

Sonuç olarak, görevini ifa ederken suç işlendiğine ilişkin bir belirti ile karşılaşan sağlık mesleği mensubunun suçü kolluğa ya da Cumhuriyet Savcılığı'na ya da kamu hastanesi ise hastaneye bildirmesi halinde bildirim yükümlülüğünün yerine getirildiğinin kabul edilmesi gerekir.

· **Bildirmeme veya geç bildirme**

Suçun bildirilmemesi veya geç bildirilmesi ihmali hareketlerinden birinin varlığının yeterli olması sebebiyle suç seçimlik hareketli bir suçtur.

33 Ö. Çakmut, 1066; A. Nuhoglu, bkz. dipnot 23, 22.

34 Mehmet Emin, Artuk/ Ahmet, Gökçen/ A. Caner, Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2004, 462.

35 F. Erem/N. Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1999; M.E Artuk/A. Gökçen/ C. Yenidünya, 463.

36 5.CD. E.2007/637, K. 2007/3568, T. 14.5.2007 Yargıtay Kararında kamu görevlisinin bağlı olduğu idare tarafından, kamu görevlisi tarafından işlenen zimmet suçuna ilişkin idari tahkikat başlatılması halinde, yetkili merci tarafından öğrenilen bir suç şüphesinin bulunmadığını, dolayısıyla soruşturma evresinin henüz başlamadığını kabul etmiştir.



İhmalî hareketle işlenen bu suçta, suça ilişkin bir belirti ile karşılaşan sağlık mesleği mensubunun yetkili makama bildireceği zamana ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktadır<sup>37</sup>. Sağlık mesleği mensubu öncelikle tıbbî bakımdan yapması gerekli tedavi işlemini yaptıktan sonra durumu yetkililere bildirecektir. Kişi bildirim yükümlülüğünü yerine getirirken görevini ifada gecikmemeli öncelikle tedaviye girişmelidir. Bildirim yazılı veya sözlü olarak yerine getirilebilir, sözlü yapılması halinde tutanakla yazılı hale getirilmesi gerekmektedir (CMK 158/5). Bildirim suç ihbarı niteliği taşıdığından suça ilişkin açıklıklar da yer almalıdır. Örneğin hekim hasta çocuğu incelerken vücudunda çeşitli darbe ve ekimozlar görmüşse bu lezyonların özelliklerini de belirtmesi gerekir. Hasta suç mağduru olmadığını iddia etse de hekim yara ve lezyonların suç sonucu meydana geldiğine inanıyorsa gerekçelerini de belirtmek suretiyle bildirimde bulunabilir. Ancak hekim sadece bir suç mağduru olduğu yönünde bildirimde bulunur, suça ilişkin bir açıklama yapmazsa bildirim yükümlülüğünü yine de yerine getirmiş sayılmalıdır<sup>38</sup>.

Geç bildirimden kasıt, bildirim yükümlülüğünün zamanında yerine getirilmemiş olması sebebiyle hukuki sonuçlarının doğması bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi imkanının ortadan kalkmasıdır<sup>39</sup>. Gecikmeden ne anlaşılması gerektiği yasa da veya gerekçesinde yer almadığı için gecikmenin ne zaman gerçekleştiği hususunda değerlendirmeleri, her somut olay bakımından hakim tarafından yapılacaktır.

Sahte ve noksan yapılan ihbarlar yapılmamış sayılır<sup>40</sup>.

Bildirim ve şikayetin düzenlendiği CMK m. 158'de 4. fıkrasında ilgili makamlara yapılan bildirimlerin "gecikmeksizin" Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderileceği belirtilmiştir. Ancak "gecikmeksizin" zaman kavramına açıklık getirilmemiştir. CMK m. 159'da şüpheli ölümün ihbarında "derhal" Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirileceği belirtilmiştir. "derhal" kavramının da içi doldurulmamıştır<sup>41</sup>. Aynı şekilde burada da somut olayın özelliğine göre gerekli makul süreye hakim kanaat getirecektir. Ayrıca bu maddeler muhakeme normları olduğundan herhangi bir yaptırma bağlanmamışlardır. Fakat CMK m. 161'deki kurala göre yükümlülüğe aykırı davranış halinde Cumhuriyet Savcılığı'nca doğrudan soruşturma yapılabilecektir<sup>42</sup>.

37 N. Centel/ H. Zafer/ Ö. Çakmut, bkz. m. 280 ve gerekçesi, 459.

38 A. Nuhoğlu, 24.

39 Ö. Çakmut, 1067; F. Erem/N. Toroslu, 184.

40 S. Erman/Ç. Özek, 180.

41 Ö. Çakmut, 1068.

42 A. Nuhoğlu, 24.

Ayrıca kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubu ise ve bildirmesi gereken suç adam öldürme ise, bunu derhal bildirmedeği takdirde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun<sup>43</sup> hükümleri uygulanmayacak, Cumhuriyet Savcılığı'nca doğrudan soruşturma yapılacaktır. Diğer suçlara ilişkin bildirim yükümlülüğünün ihlali halinde 4483 Sayılı Kanun uyarınca yetkili makamdan soruşturma izni alınmadan kamu davası açılmayacaktır<sup>44</sup>.

### b. Manevi unsur

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçu kasten işlenen bir suçtur. Bu suç olası kastla da işlenebilir<sup>45</sup>. Bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Fiilin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi yeterlidir.

Sağlık mesleği mensuplarına getirilen bildirim yükümlülüğünün kişinin kendisinin veya yakınlarından birinin işlediği suçları kapsadığı ya da kapsamadığı kanun metninden açıkça anlaşılmasa da Anayasamızın<sup>46</sup> 38. maddesinin 5. fıkrasında, *“hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz”* denilerek suçu bildirme yükümlülüğü altındaki sağlık mesleği mensuplarının görevinin ifası esnasında kendisinin veya yakınlarının bir suç işlediği belirtisiyle karşılaşırsa durumu yetkili makamlara bildirimden kaçınabilecektir. Anayasa gerek üst norm olması gerekse ‘hiç kimse’ tabirini kullanarak kapsamı geniş tutmuştur<sup>47</sup>.

Anayasa'daki *“yakın”*dan kastedilen Türk Medeni Kanunu'nun<sup>48</sup> 17. maddesinde, *“kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur”* 2. fıkrasında *“biri diğerinden gelenler arasında altsoy üstsoy; ortak bir kökten geliyorsa yan soy hısımlığı vardır”* der. 765 Sayılı Kanun m. 259'da, *“Ceza Kanunu itibarıyla murat, karı koca ile usul ve fûru ve kardeş ve kız kardeş ve amca ve dayı, hala ve teyzelerle*

43 2. 12. 1999 Gün ve 4483 sayılı Kanun (RG. 4. 12. 1999 No. 23896).

44 A. Nuhoglu, 24.

45 Aksi görüş için bkz. Necati, Meran, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar, Ankara 2006, 323. Meran'a göre, sağlık mesleği mensubunun bir suçun mevcut olduğuna ilişkin şüphenin tek başına bildirim yükümlülüğünü doğurmayacağı yönünde bkz. 323.

46 18. 10. 1982 Gün ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (RG. 9.11.1982 No. 17863).

47 M. E. Artuk/A. Gökçen/C. Yenidünya, 465.

48 22. 11. 2001 Gün ve 4721 sayılı Kanun (RG. 8.12.2001 No. 24607).

*yeğenler ve bunlar derecesindeki sıhri akrabadır.*” diye akraba kavramı açıklanmıştır.

Kişi suçun işlendiği hususunda bir belirtinin varlığında hataya düşerse TCK m. 30/son maddesinin koşulları sağlandığında fail bu hatadan yararlanacaktır<sup>49</sup>. DÖNMEZER’e göre suçun işlendiği yönünde bir belirtinin bulunup bulunmaması konusu suçun ön şartı olarak nitelendirilmektedir<sup>50</sup>.

Suç duyurusunun yapılacağı mercideki hata ise fiili hatadır. Kastı ortadan kaldırır. Bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş kabul edilmelidir. Çünkü fail yanılmamış olsaydı, suç duyurusunu yetkili merciye yapmış olsaydı, fiil suç teşkil etmeyecekti<sup>51</sup>.

### **c. Hukuka Aykırılık Unsuru**

TCK’nin 280. maddesindeki suçun oluşabilmesi için hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması gerekir. Genel kabul gören hukuka uygunluk halleri; meşru savunma (TCK m. 25/1), ilgilinin rızası (TCK m. 26/2), görevin ifası (TCK m. 24/1), hakkın icrası (TCK m. 26/1)’dir<sup>52</sup>.

Zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK m. 25/2), cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK m. 28), çeşitli hata halleri (TCK m. 30/3, 4), akıl hastalığı (TCK m. 32), haksız tahrik (TCK m.29), geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK m.34), sağır ve dilsizlik (TCK m. 33), yaş küçüklüğü (TCK m. 31), hukuka aykırı ve fakat, bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (TCK m. 24/ 2,4) vs. ise kusurluluğu etkileyen hallerdir<sup>53</sup>.

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi için cebir uygulanmış ya da kişi tehdit edilmişse bu halde kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal söz konusu olacağından bu kişi hakkında suçu bildirmemeden ya da geç bildirmeden dolayı ceza verilemeyecektir. Bu suçta ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinin gerçekleşmesi mümkün değildir, zira suç adliye-

49 Nuhoglu tarafından, suçun işlendiği yönünde bir belirtinin bulunup bulunmadığı konusu bir ön şart kabul edildiğinden, buna ilişkin yanılmalar da bir hukuki yanılma kabul edilmiştir. Bu nedenle failin TCK m. 30/son’daki şekilde yanılmasından yararlanması uygun görülmüştür.

50 Sulhi, Dönmezer/Sahir, Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c.I,İstanbul 1994, 316 ön şartın, unsurlardan farkı, failin bu şartların bilmesinin yeterli olması, gerçekleşmesini istemeyebilir.

51 A. Nuhoglu, 25; S. Erman/Ç. Özek, 181.

52 M. E. Artuk/A. Gökçen/C. Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7.bası, Ankara 2006, 58.

53 M. E. Artuk/A. Gökçen/C. Yenidünya, 62.

ye karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmektedir<sup>54</sup>. İlgiliden kast edilen suçtan zarar gören ya da mağdur durumunda olan kişilerdir. Oysa bu suç millete ve devlete karşı işlenebilen bir suç olması sebebiyle bir mağdurdan bahsedilemez.

CMK'nin 46. maddesi birinci f. (b) bendinde düzenlenen tıp mesleği mensuplarının tanıklıktan çekinme hakkı ile bildirimde bulunma yükümlülüğünün çelişip çelişmediğini de incelemek gerekir. Sağlık mesleği mensubunun bildirimde bulunması gereken konu ile tanıklıktan çekineceği konu birbirinden farklıdır. Silahla yaralanan kişiye hekim müdahale eder ardından bildirim yükümlülüğünü yerine getirir. Ancak tıbbi tedavi esnasında suç teşkil etmeyen kişinin şeref ve haysiyetine ya da onuruna yönelik kişi hakkında öğrendikleri konusunda örneğin AIDS hastası olduğunu öğrenirse tanıklıktan çekinebilecektir<sup>55</sup>.

Madde hükmüne ilişkin Adalet Komisyonu'nda suça ilişkin olarak tanıklıktan çekinmenin söz konusu olamayacağı kabul edilmiştir. Suç içermeyen olaylar bakımından tanıklıktan çekinme mümkündür<sup>56</sup>. Gereğinden de anlaşılacağı üzere savunma hakkı daha ön plana çıkarılmıştır<sup>57</sup>.

## 5. Suça Etki Eden Haller

Bu suç bakımından herhangi özel ağırlaştırıcı veya hafifletici neden öngörülmemiştir.

## 6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### a. Teşebbüs

Suç teşkil eden icrai bir hareketin istenmeyen nedenlerle eksik kalması ya da icrai hareketlerin tamamlanmasına rağmen neticenin istenmeyen nedenlerle tamamlanamaması durumunda suç teşebbüs aşamasında kalmış olur.

TCK m. 280'de düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu ihmali bir suç niteliğindedir. Öğretide kabul gören yoğun görüş, ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olmayacağı yönündedir. İhmali suç icrai bir hareketi gerektirmediğinden, yasada öngörülen hareketin yapılmamasıyla birlikte suç tamamlanacağından teşebbüs mümkün

54 A. Nuhoglu, 25.

55 Hamide, Zafer, Roche Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler, Ceza Muhakemeleri Hukukunda Hekimin Meslek Sırrını Saklama Yükümlülüğü, İstanbul 2009, 55.

56 Niyazi, Güney/Kenan, Özdemir/Yusuf S., Balo, Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004, 796.

57 <http://www.sdplatform.com/koseYazisi> (Prof. Dr. İzzet Özgenç) (Erişim Tarihi: 17. 05. 2011).

olmaz. Bu görüşe göre, hareket neticeden ayrılmaz durumdadır (neticesi harekete bitişik). Dolayısıyla sağlık mesleği mensubunun yapması gereken bir hareketi yapma hususundaki her tereddüt, fiilin tamamlanmasını ifade eder<sup>58</sup>.

Öğretideki diğer görüşe göre ise, ihmali suça teşebbüs mümkündür. İhmali suçlarda kanun koyucunun yapılmasını emrettiği hareket için belirli bir süre öngörmüş ise bu süre geçinceye kadar söz konusu suçlara teşebbüs uygulanabilecektir<sup>59</sup>.

Görüldüğü gibi genel kabul gören görüşe karşı olan görüş daha zorlama çıkarsamalar içindedir.

### b. İştirak

Esasında bir kişi tarafından işlenebilen suçlar, birden fazla kişinin iştirakiyle de işlenebilir. Birden fazla kişinin suç teşkil eden bir fiilin icrasına iştirak etmeleri hali, suç ortaklarının sorumluluk statülerini belirler.

İştirak, faillik ve şeriklik diye ikiye ayrılır. Haksızlık birden fazla suç ortağı tarafından birlikte suç işleme kararı ile müştereken gerçekleşirse “müşterek faillik” söz konusu olur<sup>60</sup>. Kişi suçu bir başkası vasıtasıyla gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda da “dolaylı faillik” söz konusu olur.

Suçun icrasına iştirak etmekle beraber, işlenişine katkıda bulunması ancak sağladığı katkının kanuni tanımdaki haksızlığı gerçekleştiremeyen diğer suç ortakları “şerik” olarak tanımlanabilir. Şeriklik de *azmettirme* ve *yardım etme* diye ikiye ayrılır. *Azmettirme*, suç işleme fikri olmayan kişide suç işleme fikri uyandıran kişidir. *Yardım etme* ise bir başkasının kasten işlemekte olduğu bir suçu işlemeye teşvik eden, kararını kuvvetlendiren, suçun işlenmesinden sonra yardım vaadinde bulunan, suçun nasıl işleneceği konusunda yol gösteren, suçun işlenmesinde kullanılan araçları temin eden, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında maddi yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştıran kişi ya da kişilerdir<sup>61</sup>.

TCK m. 280’de yer alan sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçuna iştirak mümkündür. Ancak bu suç özgü bir suçtur. Özgü suç, özel bir yükümlülük altında bulunan veya belli niteliklere haiz kişiler

58 N. Centel/H. Zafer/Ö. Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. bası, İstanbul 2006, 475; Hakan, Hakeri Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçlarının Çeşitleri, Ankara 2003, 265; M. E. Artuk/A. Gökçen/C. Yenidünya, 897

59 A. Önder, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, 168.

60 M. E. Artuk/A. Gökçen/C. Yenidünya, 85

61 M. E. Artuk/A. Gökçen/C. Yenidünya, 86, 87.

tarafından işlenebilen suçlardır<sup>62</sup>. Şayet suçun temel şeklinin oluşması bakımından failde özel nitelikler aranmışsa “gerçek özgü suç” tan bahsedilir. Herkes tarafından işlenebilmesine rağmen kanunda yazılı nitelikte kişilerce işlenmesi halinde faile daha ağır bir ceza veriliyor ise “görünüşte özgü suç” söz konusu olacaktır<sup>63</sup>. M. 280 gerçek özgü suçtur. Gerçek özgü suçlarda müşterek faillik söz konusu olamaz<sup>64</sup>. Ancak özel faillik niteliği taşıyan kişi fail olabilir. Yani m. 280’e göre suçun faili ancak sağlık mesleği mensubu olabilir. Bu suçun işlenişine iştirak eden ancak sağlık mesleği mensubu olmayan diğer kişiler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olurlar (TCK m. 40/2).

Suç mağduru bir hastayla farklı iki sağlık mesleği mensubu ilgilenmiş, her ikisi de suça ilişkin belirti görmelerine rağmen suçu bildirmemişlerdir. Bu kişilerin hareketsizliği iştirak iradesiyle olmadığından her ikisi de ayrı ayrı fail olarak sorumlu olacaklardır. Ancak bu iki sağlık mesleği mensubundan biri tarafından bildirim yükümlülüğü yerine getirilmişse diğerinin bildirim yükümlülüğü bulunmadığı aksi halde ilgili hükmün konuluş amacına aykırı hareket edilmiş olunacaktır<sup>65</sup>. Zira bu suçun konuluş nedeni, suçların soruşturma ve kovuşturma makamlarına ulaşmasını sağlamak, suçların cezasız kalmasını önlemek, adalete duyulan güveni sağlamaktır.

### c. İçtima

Bilindiği gibi ceza hukukunda temel kural; “kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır<sup>66</sup>”. Bu kuralın istisnaları ise, *bileşik suç(m. 42)*, *zincirleme suç(m. 43)*, *fikri içtima(m.44)*<sup>67</sup>.

*Bileşik suç*, bir suç diğer suçun temel şekline ya da nitelikli şekline ilişkin unsuru oluşturması, *zincirleme suç*, aynı kişiye karşı aynı suçun farklı zamanlarda tek suç işleme kararı ile işlenmesidir. Ya da aynı eylemle birden fazla kişiye karşı tek suçun işlenmesidir<sup>68</sup>. *Fikri içtima*, bir fiil ile kanunda tanımlanan birden fazla suçun işlenmesidir.

62 A. Önder, 168; M. E. Artuk/A. Gökçen/C. Yenidünya, 21.

63 A. Önder, 169; M. E. Artuk/A. Gökçen/C. Yenidünya, 22; Kayhan, İnel/Fusun Sokullu, Akıncı/İzzet, Özgeç/Adem, Sözüer/Fatih S, Mahmutoğlu/Yener, Ünver, Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 2000, 90.

64 TCK m. 94 her ne kadar özgü suç da olsa TCK m. 94/4’de açıkça belirtilmesi sebebiyle sivil kişiler de bu suçta müşterek fail olabilirler.

65 A. Nuhoglu, 26, 27.

66 M. E. Artuk/A. Gökçen/C. Yenidünya, 88.

67 bkz. M. E. Artuk/A. Gökçen/C. Yenidünya,90, fikri içtimayı, aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtima olarak ikiye ayırmaktadır. Zincirleme suçu düzenleyen TCK m. 43/2’yi aynı neviden fikri içtima olarak değerlendirmektedir.

68 Aynı neviden ve farklı neviden fikri içtima ayrımı yapmaksızın TCK m. 43/2’yi zincirleme suç kabul eden A. Nuhoglu, 27.

Bir sağlık mesleği mensubu birden fazla kişiye karşı suç işlendiğine ilişkin bir belirti ile karşılaşmasına rağmen suçu bildirme yükümlülüğünü yerine getirmezse zincirleme suç hükümleri gereği tek bir suçtan cezalandırılır, ancak cezası arttırılarak verilir (m. 43/1, 2). Ayrıca mağdurun belli bir kişi olmasına da gerek yoktur (m. 43/1). İctima konusunda önemli olan, sağlık mesleği mensubunun belirti gördüğü suçun tek olup olmadığıdır. Mağdur birden fazla olmasına rağmen ortada tek bir suç varsa, sağlık görevlisinin de tek bir bildirim yükümlülüğü doğacaktır. Zira m. 280 suçun bildiriminden söz etmekte, mağdur ya da failin bildirilmesinden söz etmemektedir<sup>69</sup>.

### 7. Kovuşturma

TCK m. 280'de belirtilen suçun faili ancak kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubu olduğundan bu suçun kovuşturulmasında Cumhuriyet Savcılığı'nca ayrıca 4483 sayılı Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri gereği yetkili makamdan soruşturma izni alınmasına ihtiyaç yoktur. Bu suç re'sen kovuşturulan bir suçtur. Zira suçu bildirmeyen kamu görevlisi ise m. 279'a gidilmelidir. CMK m. 159'da şüpheli ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığını veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde sağlık görevlisi bunu derhal Cumhuriyet Savcılığı'na bildirmekle yükümlüdür. CMK m. 159'dan kaynaklanan bildirim yükümlülüğüne aykırılık durumunda CMK m. 161 uyarınca Cumhuriyet Savcılığı re'sen harekete geçecektir<sup>70</sup>.

Ancak bildirilmeyen suç, Terörle Mücadele Kanunu<sup>71</sup>'nin kapsamına giren bir suç ise, bu kanunun usullerine ilişkin hükümler uygulanacaktır.

### 8. Yaptırım

TCK m. 280'den kaynaklanan bildirim yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle verilecek ceza bir yıla kadar hapis cezasıdır. Kanunda cezada alt sınır belirtilmediğinden TCK m. 49/1 uyarınca bir ay kabul edilir. Kanunda ayrıca suça ilişkin herhangi bir ağırlatıcı ya da hafifletici sebep öngörülmemiş değildir. TCK m. 49/2 uyarınca kısa süreli hapis cezası TCK m. 50/1 uyarınca adli para cezası veya diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilecektir. Ceza eğer alt sınırdan tespit edilirse (bir ay), daha önce de

69 A. Nuhoğlu, 27.

70 A. Nuhoğlu, 27.

71 12.4.1991 Gün ve 3713 sayılı Kanun (RG. 12.4.1991 No.20843).

herhangi bir hapis cezasına mahkum edilmemişse, mahkum olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış ya da altmış beş yaşını bitirmiş bulunan kişilerin mahkum edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası adli para cezası ya da diğer seçenek yaptırımlarından birine çevrilmek zorundadır.

TCK m. 53'de öngörülen güvenlik tedbiri de uygulanacaktır. Güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için hapis cezasına hükmedilmesi ve bunun para cezasına çevrilmemiş veya ertelenmemiş olması gerekmektedir. TCK m. 53/5. fıkrası uyarınca, *“Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkumiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkumiyet halinde hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.”* Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi hak ve yetkisinin kötüye kullanmak anlamına gelip gelmediği tartışmalıdır<sup>72</sup>. Görevi ihmal suçu TCK m. 257/2' de görevi kötüye kullanma suçu içinde düzenlendiği sebebiyle 5237 sayılı TCK'nın ihmale görevi kötüye kullanma manası yüklediği de anlaşılmaktadır. Bu halde 280. maddeden hüküm giyen kişiye meslekten yasaklanma tedbiri de uygulanabilecektir<sup>73</sup>.

## 9. Benzer Suçlarla İlişki

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu suçu bildirme yükümlülüğünü genişletmiştir. M. 279 ile kamu görevlilerine, m. 278 ile herkese suçu bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Herkese suçu bildirme yükümlülüğü yükleyen m. 278'den sorumluluğun doğabilmesi için ilk olarak işlenmekte olan bir suç olmalıdır. İkinci olarak tamamlanmış yani işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması mümkün olan bir suçu öğrenen, yine yetkili makamlara bildirimde bulunmak yükümü altındadır. (Örneğin, hürriyeti tahdit edilen kişinin nerede tutulduğunu bilen kimsenin durumu yetkili

72 A. Nuhoglu,28; C. Yenidünya, Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Gelişmeler, Hekimin Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Cezai Sorumluluk, İstanbul 2009, 78.

73 C.Yenidünya, 85; bkz. Yargıtay 5.CD. 3.1.2006, 19256/117;bkz. 5. CD. 1.6.2006, 4713/4767.



makamlara ihbar etmemesi). Bu suçta mağdurun on beş yaşını bitirmemiş çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü veya hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan bir kimse olması ceza-yı arttıran nitelikli unsurdur<sup>74</sup>. Ayrıca 278. maddenin oluşmasında suçlar arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Şikayete bağlı olsun olmasın tüm suçlar için yükümlülük öngörmüştür<sup>75</sup>.

Madde 278 Anayasa Mahkemesi'nin 2010/52 E. 2011/113 K. 30.06.2011 tarihli kararı<sup>76</sup> ile Genç Asliye Ceza Mahkemesi'nin itiraz başvurusu ile Anayasa Mahkemesi önüne gönderilmiştir. Küçük kardeşlerine "cinsel istismarda" buldukları iddiasıyla kardeş sanıklar hakkında açılan kamu davasında, sanıklarla birlikte mağdur çocuğun annesi hakkında "suçu bildirmeme" iddiasıyla dava açıldığını belirterek, annenin üzerine atılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) "suçu bildirmeme" başlıklı 278. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla iptali ve yürürlüğünün durdurması istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne giden dosyanın esastan incelemesine oy birliği ile geçilmiş, itiraza konu kanun maddesi Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrasına "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." aykırı bulunmuştur.

Evrensel bir ceza hukuku ilkesi olduğu vurgulanan anayasal hüküm karşısında yasa koyucu, kişinin kendisini ve yasada gösterilecek belli derecedeki yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlayan bir düzenleme yapamayacağını belirterek itiraz konusu kuralda, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçtu yetkililere bildirmeyenlerin maddede öngörüldüğü biçimde cezalandırılacakları belirtilirken, gerek maddede, gerekse bu maddeye atıf yapacak biçimde başka bir yerde, bu suçun fail veya failleriyle anılan suçtu bildirmeyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumu cezasızlık açısından ayırık tutulmadığı gerekçesi ile söz konusu kanun maddesini anayasaya aykırı bularak oy çokluğuyla iptal etmiştir.

Başkan vekili Serruh Kaleli, karşı oy yazısında söz konusu iptal hükmünün derhal uygulanmak yerine 6 ay sonra uygulanmasını hukuka

74 M. E. Artuk/A. Gökçen/C.Yenidünya, 892; ayrıca bkz. TCK m. 278/3.

75 TCK m. 278'e ilişkin ilgili Yargıtay Kararı 8.CD. 9.10.2006 7913/7323; Ali Parlar/ Muzaffer, Hatipoğlu, Sulh Ceza Davaları, Ankara 2007, 823.

76 Söz konusu kanun maddesi Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. İptal hükmü gerekçesi 15.10.2011 günlü 28085 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. <http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx#> (Erişim Tarihi: 19.10.2011).

aykırı olduğunu zira Yasa koyucunun verilen süre içerisinde düzenleme yapmama hali düşünüldüğünde iptal edilen hüküm ile sübut bulan olaylar yönünden ceza hukukunda suç ihbar etmeyenler için hukuki boşluk doğduğunun söylenemeyeceği, fiiller icra edilmiş, suç oluşmuş ise zaten taraflarının var olacağı ve suça ilişkin soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin ihbarsız da işleyebileceği ve suçu işleyenin cezasız kalmayacağı, ancak halen devam eden davalar yönünden suçu ihbar etmemekle tanık durumundan sanık durumuna düşmüş kişi yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu belirlenen bir hükme dayanarak yeni düzenleme yapılana dek ceza tayin edilmek durumunda kalınmasına olanak veren kararın "iptale rağmen kararın yürürlüğe girmesine kadar süre verilmesi gerektiği" kısmına muhalif kalmıştır.

Anayasa Mahkeme üyesi Mehmet Erten de "...*kanunda gösterilen yakınlık yönünden...*" bir ayırım yapılmaksızın, iptal kararının yürürlüğü'nün altı ay sonraya bırakılarak, söz konusu eylemlerin bunlar yönünden suç olarak sürdürülmesine karar verilmesi, Anayasal denetimin amacına ve buna bağlı olarak da hukuk devletine aykırı olacağını vurgulayarak bu açıklamalar yönünden yürürlüğün durdurulmasına karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle muhalif kalmıştır.

Madde 279 ise kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunu düzenler. Suçun oluşabilmesi için kamu görevlisinin görevini yaptığı sırada, görevle bağlantılı kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren suçun işlendiğini öğrenmiş olması gerekir. Bu durumda m. 279'dan sorumluluğun doğabilmesi için suçun re'sen kovuşturulabilir suç olması gerekir. Ancak bu suçu bizzat kendi ya da yakınlarından biri işlemişse yetkili makamlara haber vermediğinden cezalandırılması da düşünülemez<sup>77</sup>. Ayrıca m. 279'a aykırı davranan kamu görevlisi adli kolluk görevlisi ise cezası artırılır. (TCK m. 279/2).

### **10. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenleme İle 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Arasındaki Farklar**

5237 sayılı TCK m. 280 ile düzenlenen madde hükmünün içeriği ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun m. 530'da düzenlenmiş içeriğini karşılaştıralım:

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda madde içeriği, "*hekim, cerrah, ebe*

<sup>77</sup> M.E.Artuk/ A.Gökçen/ C.Yenidünya, 893; CMK 46/1 (b) bendince tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. TCK m. 279 hakkında ilgili karar ,4.CD. 7.11.2006, 8713/15950; 4.CD. 14.3.2006, 4106/6770; 4.CD. 6.3.2006, 17841/5505; 4. CD. 29.4.2002, 4650/7314, Ali,Parlar/ Muzaffer, Hatipoğlu, Sulh Ceza Davaları, Ankara 2007, 827.

*yahut sair sıhhiye memurları eşhas aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icap ettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliyeye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda teahhur gösterirlerse –bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere- otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olurlar.”*

· 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu suç kabahat olarak cezalandırılmıştı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda kabahatler suç olmaktan çıkarılmış, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile bazı kabahatleri bu kanunda düzenlerken bazı kabahatleri ise suç kabul ederek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda düzenlemiştir. Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesini de suç olarak düzenlemiştir<sup>78</sup>.

· 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda suçun faili olarak hekim, cerrah, ebe veya “sair sıhhiye memurları” gösterilmişti. *Sıhhiye memurları* kavramından sağlık mesleğini yerine getiren kimseler anlaşılmaktadır. Yan sağlık hizmeti icra eden eczacı, ilaç üreticisi bu suçtan sorumlu olmaktadır. Oysa 5237 sayılı Türk Ceza Kanun’da sorumlu olan kişi alanı genişletilmiştir<sup>79</sup>.

· 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bildirim yükümlülüğü sadece kişiler aleyhine suçlarla sınırlı tutulmuş olmasına karşılık; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu sınır kaldırılmıştır. Tüm suçlar bakımından bildirim yükümlülüğü getirilmiştir.

· 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “...-bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz bırakacak ahval müstesna olmak üzere-...” diyerek hekimin ihbar yükümlülüğünü yerine getirmesinin yardım ettiği kimseyi takibata maruz bırakmaması gerekirken 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu ifadenin yer almaması tepkilere yol açmıştır<sup>80</sup>. Zira bu ifadedeki amaç; kişinin hakkında takibata başlanması korkusu ile sağlık hizmetinden vazgeçmesinin önlenmesiydi. Şimdi ise suçları cezasız bırakmama amacı ön plana çıkmıştır. Ayrıca bu durumda sağlık görevini yürüten kişilerin muhbir veya casus gibi görüldükleri muhakkaktır<sup>81</sup>. Bildirim yükümlülüğü nedeniyle bu kişiler tıbbi yardımdan kaçınma gafletine de düşebilirler.

· 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu davranışın yaptırımını sadece

78 Ö. Çakmut, 1071.

79 Ö. Çakmut, 1071.

80 A. Nuhoğlu, 31.

81 F. Erem, 2580; Ö. Çakmut, 1072.

para cezası iken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda para cezası veya hapis cezasıdır (diğer tedbirlere çevrilebilir.).

· 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bildirimde bulunmadan önce sağlık mesleği mensubunun mesleğinin gerektirdiği yardımı yapmış olması daha sonra bildirimde bulunulması aranırken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu konuda bir açıklık getirilmemiştir. 765 sayılı Ceza Kanun'da bu düzenlemenin amacı insan sağlığını ön plana çıkarmak, yarıdımın gecikmesini önlemek iken; 5237 sayılı Ceza Kanunu'nda buna ilişkin düzenleme olmaması bildirim yükümlülüğünün ön plana çıkarıldığı anlamına gelmemelidir<sup>82</sup>. Sağlık mesleği mensubu öncelikle mesleğinin gereklerini yerine getirmeli daha sonra bildirim yükümlülüğünü ifa etmelidir. Gecikme olup olmadığına ilişkin değerlendirmeyi hakim yapacaktır.

### **11. Almanya ve İtalya Hukukunda Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülükleri**

Alman hukukunda hekimin suçu bildirmeme yükümlülüğü ALR'nin 505. paragrafında ateşli silahlar veya kesici aletlerle yaralama suçları için öngörülmüştü. Günümüzde Alman Hukukunda sağlık mesleği mensubuna böyle bir yükümlülük yüklenmemektedir. Alman Hukukunda bunun tersine hekime susma yükümlülüğü yüklenmiştir. Hekime bildirim yükümlülüğü kanunların açıkça düzenlediği durumlarda yüklenmiştir. Ayrıca Alman Ceza Kanunu'nun 139. paragrafında hekimlerin, psikoterapistlerin de içinde bulunduğu belli meslek mensupları için bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi cezasızlık sebebi kabul edilmiştir. Salgın hastalıklar, zührevi hastalıkların, tedavi gören uyuşturucu bağımlılarının (tedavi sebebiyle kullanmaları gerekir), meslek hastalıklarının, hekimin bildirim yükümlülüğü öngörülmüştür. Alman Hukukunda hekimin susma yükümlülüğünü, sır saklama yükümlülüğü ile bağdaşmayan bir bildirim yükümlülüğü öngörmenin, 1900'lü yılların başında savunulan eski bir görüştür. Alman hukukunda susma yükümlülüğüne aykırılık iki şekilde mümkündür; şikayete bağlı suçlardır, ya da sır saklama yükümlülüğünün ihlalidir. Tekrarlama olasılığı yüksek ağır suçların önlenmesi için ihbarı halinde ve zaruret halinde hukuka uygunluk sebebi kabul edilecek ve suç oluşturmayacaktır<sup>83</sup>.

Hekimin suçu bildirmesi sadece hayata, beden bütünlüğüne, özgürlüğe ve devlet güvenliğine karşı işlenecek olan ağır suçların bildirilmesi hali hukuka uygunluk hali olarak düzenlenmiştir (Alman Ceza Kanunu

82 Ö. Çakmut, 1071; F. Erem, 2583.

83 A. Nuhoglu, 29.

34. paragraf). Zaruret halinin söz konusu olabilmesi için somut olayın tüm şartları göz önüne alınmalıdır. Orantılılık koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğine hekim karar verecektir. Bu konuda hata yapan hekimin kusurlu davrandığı iddia edilemeyecektir (Alman Ceza Kanunu 17. paragraf)<sup>84</sup>.

Roma- İtalya Hukukunda Silvio Berlusconi liderliğindeki hükümetin hazırladığı güvenlik paketinde yer alan, ancak insan hakları açısından da ciddi sakıncaları da bünyesinde barındıran madde Bağımsız Senato'da kabul edildi. Yeni düzenlemede hekimlere ve hemşirelere yasadışı göçmenler hakkında suç duyurusunda bulunma zorunluluğu getiren 39. madde kabul edildi. Yeni düzenleme sonucunda İtalya'da yasadışı durumda olan ya da oturma izni sorunu bulunan göçmenlerin hastalanmaları durumunda sağlık kurumlarına başvurmamasını da beraberinde getirecektir. Sağlık hakkı zarar görmektedir<sup>85</sup>.

Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi'nde<sup>86</sup>(Amsterdam 28-30 Mart 1994), “sağlık bakımından insan hakları ve değerleri” başlığı altında *herkesin hastalıkların önlenmesi sağlık bakımı için yeterli ölçüde çaba gösterilerek sağlığının korunması ve kendisi için edinilebilir en yüksek sağlık seviyesine kavuşma hakkına sahiptir*, der. “Bakım ve tedavi” başlığı altında *herkes, kadın ve erkek olarak bakım ve sağlığının geliştirilmesi çalışmalarını içeren, sağlık ihtiyaçlarının karşılamaya yönelik yeterli sağlık bakımı alma hakkına sahiptir. Sağlık hizmetleri herkes için eşit ulaşılabilirlikte ve sürekli olmalı*.

## 12. Sonuç

İncelemiş olduğum TCK m. 280'de düzenlenmiş bulunan, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmeme suçu eski kanuna göre insan hakları bakımından daha az koruyucu ve suç bakımından çok daha geniş bir alanı kapsamaktadır.

Öncelikle m.280'de belirtilen “suç” kavramına ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Kanun metninde söz konusu “suçun” niteliği, şekli, içeriği hakkında herhangi bir bilginin yer almaması ve gerekçede de bildirilmemesi aynı zamanda söz konusu suçun ne olduğuna ilişkin bir açıklama yapılmaması nedeniyle suç olarak nitelendirilen her tür belirti sağlık mesleği mensupları bakımından bildirim yükümlülüğü doğuracaktır. Bu

84 A. Nuhoglu, 29.

85 <http://www.turkhukuksitesi.com/sdtkp/> (Erişim Tarihi: 16.05.2011). (sdtkp: Sağlık düşüncesi ve tıp kültürü platformu).

86 Oğuz, Polat, Klinik Adli Tıp, 3.bası, Ankara 2007, 510.

durumda herhangi bir çekince konulmaması, hem meslek bilgisinden yararlanmak ve tedavi olmak isteyen hasta bakımından, tedavi olma hakkını kullanmakta; hem de sağlık mesleği mensupları bakımından görevlerini ifade kişileri tereddüte düşürmektedir.

Maddeleri itibariyle insanı ön plana çıkararak ve bireyi koruyan bir Ceza Kanunu olan 5237 sayılı TCK, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmeme suçu bakımından aynı özenle davranmamış ve tedavi ve sağlık hakkı olan vazgeçilmez insan hakkını ikinci plana itmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki gibi bildirme yükümlülüğüne aykırılık incelenirken yardım edilen kimsenin menfaatleri de düşünülmelidir. Bildirim yükümlülüğü tüm suçlar yerine kanunda sayılı şekilde ya da suçun ağırlığına göre tespit edilmek suretiyle konulabilir. Suçların cezasız kalmamasını sağlamak suretiyle sağlanacak olan toplumsal menfaat ile sağlık hizmetlerinden tereddüt yaratmadan yararlanma hakkı arasında denge sağlanmalı, ikisi arasında ölçülü davranılmalıdır.

Sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğü; suç hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması, yetkili makamlara zamanında ulaşması ve adalet mekanizmasına duyulan güvenin sağlanması amacıyla TCK m. 280'le daraltılmıştır. Oysa uluslar arası alanda özellikle Alman hukukunda bildirim yükümlülüğünün istisna olarak belli suçlar bakımından varlığı kabul edilmiştir. Eskilerde kalan yersiz bir hüküm olduğu kabul edilmekte; bizde ise tersi yönde bir gelişme benimsenmiştir. Türk hukukunda sır saklama yükümlülüğü, suç teşkil eden belirtilerin olduğu vakıaları kapsamayacak, bunu dışındaki suç teşkil etmeyen vakıaları (zorunluluk hali kabul edilen bazı toplumsal tehlike içeren hastalıklar dışında) kapsayacaktır.

Ayrıca değinilmesi gereken bir başka önemli husus, bu suçun yalnızca kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensupları hakkında mümkün olduğudur. Devlete bağlı sağlık kuruluşlarında çalışan sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirme yükümlülüğü TCK m. 279'a tabidir. M. 279'dan kaynaklanan suçun yaptırımı alt sınırı altı aydan iki yıla kadar iken; m. 280'den kaynaklanan sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmeme yükümlülüğü bir aydan bir yıla kadardır. Bu da özel kurumlarda çalışan sağlık görevlileri ile devlete bağlı kuruluşlarda çalışan görevliler arasında gereksiz ve haksız yaptırım farklılığına neden olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2011 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan TCK m. 278'i iptali hususundaki kararı incelendiğinde söz konusu kararın aile içi cinsel istismarda suçu bildirmeyen şahsın mağdurun

yakını olması dikkate alındığında suçu bildirme yükümlülüğü bu kişiye yüklenemeyeceği, söz konusu yükümlülüğün anayasaya aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir. Bu durum suçta konu fiili gören ve suçtan haberdar olan sağlık mesleği mensupları için de geçerlidir. Şöyleki suçtan haberdar olan hekim ya da herhangi bir sağlık meslek mensubu eğer ki suçla bağlantılı kişilerle yakınlık derecesi söz konusu ise bildirim yükümlülüğüne aykırılıktan sorumlu tutulmamalıdır. Zira aksi durum, anayasal ve evrensel bir hak olan m. 38/5'de *“Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”* İlkesine aykırılık teşkil edecektir.

#### KAYNAKÇA

- Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, Sulh Ceza Davaları, Ankara 2007.
- Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1994.
- Ayşe Nuhoğlu, Roche Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler. Sağlık Mesleği Mensubunun Suçu
- Bildirme Yükümlülüğü, İstanbul 2009.
- Caner Yenidünya, Sağlık Hukuku'nda dünyadaki Gelişmeler, Hekimin Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan
- Cezai Sorumluluğu, İstanbul 2009.
- Çetin Arslan/ Bahattin Azizoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.
- Faruk Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler III, Ankara 1993.
- Hakan Hakeri, Ceza hukukumunda İhmal Kavramı ve İhmal suçlarının Çeşitleri, Ankara 2003.
- Hakan Kızıllarslan, Vücudun Muayenesi Örnek alma, Ankara 2001.
- Halide Savaş, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara 2007.
- Hamide Zafer, CMH'de Hekimin Meslek Sırrını Saklama Yükümlülüğü, İstanbul 2009.
- Kayhan İçel/ Füsun Sokullu Akıncı/ İzzet Özgenç/ Adem Sözüer/ Fatih Selami Mahmutoğlu, Yener Ünver,
- Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 2000.
- Muhtar Çağlayan, Memur ve Kamu Görevlisi Kavramı Ve Tıptan Kaynaklanan İdare Hukuku Sorunları, Ankara 2007.
- Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2004.
- Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suç Niyazi Güney/ Kenan
- Özdemir/ Yusuf Solmaz Balo, Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004.

- Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Yenerer Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, İstanbul 2006.
- Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhuğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemeleri Hukuku, I. Kitap, 17. Bası, İstanbul 2009.
- Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2007.
- Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Yenerer Çakmut, Gerekçeli- Karşılaştırmalı- Tablolu Yeni Türk ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2008.
- Oğuz Polat, Klinik Adli Tıp, 3. Bası, Ankara 2007.
- Özlem Yenerer Çakmut, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006.
- Sahir Erman/ Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992.
- Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, İstanbul 1994.
- Selami Akdağ, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 1997.
- Süheyl Donay, Şikayetten Vazgeçmenin Bir Karşılık Sonucu Yapılması, İÜHF, İstanbul 2006.
- Vural Savaş/ Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu IV, Ankara 1999.
- Yener Ünver, Hekimin Cezai Sorumluluğu, İstanbul 2005.
- <http://www.turkhukuk sitesi.com/sdtkp/> (Erişim Tarihi: 16.05.2011)
- <http://www.sdplatform.com/koseYazisi> (Erişim Tarihi: 17.05.2011)
- <http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx#> (Erişim Tarihi: 19.10.2011).



# TIP CEZA HUKUKU VE GÜVEN İLKESİ

Av. Nazan ALTUNDERE

## 1. GİRİŞ

Ülkemizde; son yıllarda sağlık çalışanlarının eylemlerinden kaynaklanan ve özellikle taksirli suçlar nedeniyle yürütülen soruşturmalar ve açılan davaların sayısında önemli ölçüde artış olduğu gözlemlenmektedir. Bunun en önemli nedeni hasta hakları kavramının henüz yeni yerleşmeye başlamış olması ve hastaların bu alanda bilinçlenmeye başlaması gösterilebilir. Öte yandan tıp hukukunun ayrı bir bilim dalı olarak gelişmesi de diğer bir etken olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla ceza hukuku alanında tıp ceza hukukunun önem kazanarak kendisine yer bulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Tıp ceza hukukundaki temel ilkelerin belirlenmesi ve sorumluların tespitinin belirlenecek bu ilkeler çerçevesinde yapılması, henüz yeni gelişmeye başlayan tıp ceza hukuk dalında büyük bir önem arz etmektedir.

Aşağıda ifade edileceği üzere; tıp ceza hukukunda özellikle taksirli suçlarda sorumluların tespit edilmesi konusunda büyük sıkıntılar yaşanmaktadır. Zira tıp alanında teknolojik gelişmeler nedeniyle uzmanlaşmanın esas olması, tıbbi müdahalelerin ekip halinde gerçekleştirilmesi, ekip halinde yürütülen tıbbi müdahaleler nedeniyle doğan olumsuz neticelerde sorumluların doğru bir biçimde tespit edilmesi oldukça zor ve karmaşık hale gelmektedir.

Birden fazla kişinin katılımı ile gerçekleştirilen müdahaleler neticesinde bir suçun oluşması halinde kim ya da kimlerin sorumlu olduğunun tespiti hususunda yol göstermesi bakımından “güven ilkesi” önem kazanmaktadır. Türkiye’de henüz tam olarak yerleşmeyen “güven ilkesi”nin incelenmesi bu yönüyle son derece önem kazanmaktadır.

## 2. GÜVEN İLKESİ

*Güven İlkesi*, birden fazla kimse tarafından yürütülen faaliyetlerde, faaliyete katılan her bir kimsenin, diğerlerinin “*faaliyetle ilgili davranış kurallarına*” uyacağı beklentisini ve bu beklentiye göre hareket etmesini ifade etmektedir<sup>1</sup>. Güven ilkesi ile birden fazla kimsenin katılımı ile gerçek-

---

1 Delogu, Tullio, *Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi*, Çev. Yüksel Ersoy, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’nden ayrı basım, Ankara 1987, s.123.

leştirilen bir faaliyette, faaliyete katılan her bir kimseye, bir değerinin kurallara uygun davranacağı güven ve beklentisi ile hareket etme serbestisi tanınmaktadır. Bu biçimde ortaya konulan haklı beklenti sonucu güven ile hareket edilmesi neticesinde doğabilecek zararlar bakımından ceza hukuku alanında sorumlu olunmaması sonucu söz konusu olmaktadır.

Güven İlkesi, Nazi Almanyası döneminde özellikle trafik hukuku alanında uygulama alanı bulduğundan, maalesef bir kısım önyargılı görüşlere maruz kalmış ve halen gerektiği kadar uygulama alanı bulamamıştır. Oysa akla ve hakkaniyete uygun olan her ilkenin kim tarafından ortaya konulduğuna bakılmaksızın uygulanması ve adalete hizmet etmesi gerekmektedir. Bu nedenle güven ilkesinin, ceza hukuku alanında birçok açığı kapatması ve adaletli kararlar verilmesini sağlaması dikkate alındığında önyargılı görüşlerin haksızlığı ortaya çıkmaktadır.

Güven ilkesinin birden fazla kimsenin birlikte yürüttüğü faaliyetlerde kendini gösterdiğini belirtmiştik. Özellikle trafik hukukunda kendini gösteren bu ilke son dönemlerde, kıta Avrupa'sında inşaat hukuku, tıp hukuku gibi ekip halinde yürütülen tüm faaliyet alanlarında da kullanılmaya başlanmıştır.

Tıbbın uzmanlaşması ve neredeyse her tıbbi müdahalenin artık bir ekip ile birlikte yerine getirildiği gözetildiğinde, güven ilkesinin ülkemizde henüz gelişmekte olan tıp hukuku alanında uygulanmasının bir zaruret olacağı ve bu nedenle daha ayrıntılı olarak ele alınması gerektiği tartışmasızdır.

### **3. Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesinin Uygulanması Problemi**

Ekip halinde yürütülen her faaliyet neticesinde ortaya çıkacak olan zararlı sonuçlar bakımından güven ilkesinin değerlendirilmesi gereğini yukarıda belirtmiştik. Tıp Ceza Hukuku alanında, sağlık çalışanlarının neredeyse tüm tıbbi müdahalelerini ekip halinde gerçekleştirdiği göz önüne alındığında bu ilkenin önemi daha net olarak anlaşılmaktadır.

Güven ilkesinin Tıp Ceza Hukuku alanında uygulanabilmesi için öncelikle, iş paylaşımı ve sorumluluk kavramının açıklanması ile hekimler ile diğer sağlık çalışanlarının birincil ve ikincil sorumluluk alanlarının tespit edilmesi ve bu alanların ne zaman yer değiştireceği probleminin net bir biçimde ortaya konması gerekmektedir.

Bu çalışmada, güven ilkesinin tam olarak anlaşılabilmesi ve uygulama alanının net bir biçimde ortaya konulabilmesi amaçlandığından, yuka-

rıda belirttiğimiz “iş bölümü paylaşımı”, “sorumluluk paylaşımı”, sağlık çalışanlarının “birincil sorumluluk alanı” ile “ikincil sorumluluk alanı” kavramlarını tanımladıktan sonra, tıp ceza hukukunda taksirli suçlar bakımından güven ilkesinin uygulamasına ilişkin örnek kararlara dayalı bir inceleme yapılacaktır.

### **3.1. Güven ilkesinin Uygulanabilmesi için Tanımlanması Gereken Zorunlu Kavramlar**

#### **3.1.1. İş Paylaşımı ve Sorumluluk**

Tıp alanında iş paylaşımının ne şekilde yapıldığı ve sorumlulukların ne şekilde dağıtıldığı hususu aslında oldukça karmaşık bir konudur. Sorumluluk sınırları net gibi görünse de aslında ilerleyen bölümlerde sunulacak olan örneklerden<sup>2</sup> de anlaşılacağı üzere bu sınırlar çok sık olarak ve bir anda değişebilmektedir. Bu nedenle, tıbbi müdahaleler neticesinde doğabilecek zararlı sonuçlarda, sorumluluğun ve sorumluların belirlenmesi açısından faaliyete katılan her bir sağlık çalışanının sorumluluk alanının tespit edilmiş olması zorunludur.

İş Paylaşımı iki şekilde olabilir<sup>3</sup>:

- a. Yatay İş Paylaşımı (Eşitler arasındaki iş paylaşımı)
- b. Dikey İş Paylaşımı (Eşit olmayanlar arasındaki iş paylaşımı/Hekim-Sağlık Personeli)

Yatay iş paylaşımı, belirtildiği üzere eşitler arasında yapılan iş paylaşımıdır. Örneğin, bir ameliyat sırasında, hastanın uyutulması anestezi ve reanimasyon hekiminin sorumluluğu altındayken, operasyonun yapılması genel cerrahın sorumluluğu altındadır. Bir başka örnekle, klinik şefinin hekimler arasında yapmış olduğu iş bölümü de yine yatay iş paylaşımıdır.

Dikey iş paylaşımı ise eşit olmayanlar arasındaki iş paylaşımıdır. Örneğin hekim ile hemşire ya da hastabakıcı arasındaki iş paylaşımı buna örnek olarak gösterilebilir.

Bu iş paylaşımının belirlenmesi, tıbbi müdahaleler neticesinde doğacak olan zararlı sonuçlardaki sorumlu ya da sorumluların tespiti açısından önemlidir.

2 Bkz. s.9 – 10, Ulsenheimer, Klaus , Arztstrafrecht in der Praxis, C.F. Müller, Yeni 4. genişletilmiş basım.

3 Ratajczak, Thomas; Schwarz, Gabriela-MedizinundStrafrecht, StrafrechtlicheVerantwortung in Klinik undPraxisHerausgeber:ArbeitsgemeinschaftRechtsanwälte im Medizinrechte.V. Schriftleitung: Schilling 1. Auflage, 2000, Springer-Verlag. s. 42.

Uygulamada en çok karşılaşılan ve karşılaşılması muhtemel olan sorun tıbbi müdahaleye katılan kişilerin, sorumluluğunun ne zaman ve hangi sınırlarla tespit edildiğidir. İşte bu noktada bahsettiğimiz iş paylaşımının yapılmış olması, sorumluların ne zaman ve hangi sınırlarla sorumlu olduğunun tespiti açısından bir zorunluluk arz etmektedir.

### 3.1.2. Sağlık Çalışanlarının Sorumluluk Alanları

Sağlık çalışanlarının sorumluluk alanlarını da ikiye ayırmak mümkündür:

- a. Sağlık Çalışanın Birincil Sorumluluk Alanı
- b. Sağlık Çalışanının İkincil Sorumluluk Alanı

*Birincil sorumluluk alanından anlaşılması gereken*, faaliyeti yürüten kişiye iş paylaşımı çerçevesinde verilen asli görevlerdir. Örneğin hekimin hastayı muayene etmesi, tıbbi müdahaleyi bizzat kendisinin yürütmesi hekimin birincil sorumluluğudur.

*İkincil sorumluluk alanından anlaşılması gereken ise*, faaliyeti yürüten kişinin, iş paylaşımı çevresinde tali olarak yüklenen ödevlerdir. Örneğin hekimin, birlikte çalıştığı hemşiresinin görevini kendisinden beklenen çerçevede yerine getirip getirmediğini, ameliyathanenin uygun koşulları taşıyıp taşımadığını gözetmesi gibi.

Ancak bu sorumluluk alanlarının doğru anlaşılması gerekmektedir. Zira hekimden birincil sorumluluk alanındaki iş ve yükümlülüklerini yerine getiremeyecek derecede, ikincil sorumluluk alanındaki yükümlülüklerini yerine getirmesi beklenemez. Örneğin; bir klinik şefi, kendi kliniğinde çalışan hekimlerin yapmış olduğu işleri denetlemek yükümlülüğü altında olmasına rağmen, yapılan işleri – yapılan muayeneler gibi – yeniden yapmak, kontrol etmek yükümlülüğü altında değildir. Aksi düşünce iş paylaşımını anlamsız kılacaktır. Bir başka örnekle, izne çıkan hekimin yerine bakan hekim, bakacağı hasta ile ilgili önceden yapılmış işleri yeniden kontrol etmek zorundadır. Önceden yapılan işlerin doğru olduğunu varsayarak hareket edemez çünkü hastanın muayenesini tam ve doğru olarak yapmak hekimin birincil sorumluluk alanındadır. Zira unutulmalıdır ki temel prensip hastanın menfaatinin öncelikle kollanmasıdır<sup>4</sup>.

4 Ratajczak, Thomas; Schwarz, Gabriela – Medizin und Strafrecht, Strafrechtliche Verantwortung in Klinik und Praxis Herausgeber: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwalte im Medizinrecht. V. Schriftleitung: Schilling 1. Auflage, 2000, Springer-Verlag, s. 42.

Buna göre her doktor kendi görev alanında karşılaşacağı görevleri yerine getirmek zorundadır. Ama kendisi göze çarpacak derecede net olmayan vasıf eksikliği ya da hatalar mevcut olmadığı sürece iş arkadaşının uzmanlık alanındaki işleri gereken özen ve ihtimam içinde yerine getirdiğini varsayar. Karşılıklı birbirini kontrol etme, denetleme zorunluluğu yoktur<sup>5</sup>.

### **3.1.3. İş Paylaşımı Çerçevesinde Hastane Organizasyonu ve Organizasyon Hataları Kapsamında Güven İlkesi**

Her ekip çalışması tipik iletişim riskleri ile ayrılmaz bir şekilde bağlantılıdır. Örneğin, yeteri kadar açık ve net bilgilendirmeme, alınan önlemlerin birbiri ile uyumlu olmaması, çalışanların yeterli eğitim ve deneyime sahip olmamaları, yetki sınırlamalarında beyaz bölgelerin yani kimsenin sınırı içinde olmayan bölgelerin oluşması ve hastanenin ekip ve ekipmanlarının tam ve yeterli olmaması gibi. Tüm bunlardan kaynaklanan organizasyon hatalarını aşağıdaki başlıklarda toplayabiliriz<sup>6</sup>:

- a. *İletişim eksikliği*
- b. *Koordinasyon eksikliği*
- c. *Vasıf eksikliği (hastanenin yetersiz koşullarını da buna dâhil etmek mümkün)*
- d. *Yetki sınırlamalarında eksiklik*
- e. *Görevlendirmede eksiklik*

İletişim risklerinden kaynaklanan ve aslında her tıbbi müdahale hatasının altında yatan temel faktörü organizasyon eksikliği olarak tanımlayabiliriz. Peki, organizasyon eksikliği halinde ortaya çıkan zararlı sonuçlardan kimler hangi sebeplerle sorumlu tutulacaktır?

Her somut olayda farklılık gösterecek olan bu sorunun cevabında sabit olması gereken tek husus, faaliyete katılan her bir kimsenin iş paylaşımının yapılmış olması ve sorumluluk alanlarının net bir biçimde belirlenmiş olmasıdır. Örneğin Almanya Federal Mahkemesi'nin 1957 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, hekimin birlikte çalıştığı hemşirenin vasıf ek-

5 Ratajczak, Thomas; Schwarz, Gabriela – Medizin und Strafrecht, Strafrechtliche Verantwortung in Klinik und Praxis Herausgeber: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht. V. Schriftleitung: Schilling 1. Auflage, 2000, Springer-Verlag, s. 38.

6 Ulsenheimer, Klaus, Arztstrafrecht in der Praxis, C.F. Müller, Yeni 4. genişletilmiş basım, s.187 – 189.

sıklığını bilmesine rağmen yeniden benzer mahiyette görev vermesi neticesinde oluşan suçta, hemşire ile birlikte hekimin de cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir. Zira Federal Mahkemeye göre hekim, hemşirenin verilen görevi yerine getirebilecek vasa sahip olmadığını bilebilecek durumdadır. Görüldüğü üzere, organizasyon eksikliğine neden olan hekim, bir başkasının hatasından sorumlu tutulabilmektedir<sup>7</sup>.

Şimdiye kadar anlatılanları toparlayacak olursak aşağıdaki kriterlere ulaşabiliriz:

- Modern tıpta her uzman hekimin, birlikte yapılan işlerde görev alanının kesin sınırlarla belirlenmesi prensip edinilmelidir.

- Hekim birlikte çalıştığı diğer hekimlerin ve diğer sağlık çalışanlarının görevlerini özenli bir biçimde yerine getireceğini düşünerek hareket eder ve böyle hareket ettiği için sorumlu tutulamaz.

- Hekim, birlikte çalıştığı diğer hekimlerin ya da sağlık çalışanlarının görevlerini, özenli bir biçimde yerine getirmediklerini görmüş, tespit etmişse; hastanın menfaatini öne alarak bu durum karşısında üstüne düşen görevi yerine getirmelidir aksi durumda bu hekimin de cezai sorumluluğundan söz edilebilecektir.

- Uzman hekim bu durumu fark ettiğinde, eğer işi kendisi yerine getirebilecek durumda değilse bir başka hekimin gelmesini sağlamalıdır<sup>8</sup>.

Organizasyon eksiklikleri basit ve giderilebilir eksiklikler olduğundan, bu eksiklikler nedeniyle sorumluluk alanı geniş tutulmaktadır. Eğitim ve araştırma hastaneleri bakımından ise bu hastanelerin özellikleri gereği organizasyon eksikliklerinde sorumluluklar daha geniş tutulmaktadır. Ancak bu kadar geniş kapsamlı tutulan bir alanda herkesin sorumlu tutulması hakkaniyetle örtüşmediğinden sorumluluk alanını daraltmak için de Alman Tıp Hukukunda Weissauer iki prensip geliştirmiştir<sup>9</sup>:

7 Ratajczak, Thomas; Schwarz, Gabriela – Medizin und Strafrecht, Strafrechtliche Verantwortung in Klinik und Praxis Herausgeber: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht.V. Schriftleitung: Schilling 1. Auflage, 2000, Springer-Verlag, s.39.

8 Ratajczak, Thomas; Schwarz, Gabriela – Medizin und Strafrecht, Strafrechtliche Verantwortung in Klinik und Praxis Herausgeber: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht.V. Schriftleitung: Schilling 1. Auflage, 2000, Springer-Verlag, s.40.

9 - Ulsenheimer, Klaus, Arztstrafrecht in der Praxis, C.F. Müller, Yeni 4. genişletilmiş basım, s.187-189.

- Kesin iş bölümü prensibi
- Güven İlkesi

Bu iki ilke hekime rahat ve güvenli hareket etme alanı sağlamakla birlikte sebep (olma) ilkesi uyarınca da hareket ile netice arasında uygun illiyet bağının kurulmasını sağlamaktadır. 1960'lı ve 1950'li yıllarda Alman Ceza Hukukunda hekimin sorumluluğunun bölünmezliği ilkesi kabul edilmekte iken artık bu ilke dışlanmakta ve yukarıdaki iki ilke kabul edilmektedir. Bu iki ilke gerek tıbbın gelişmesi için gerekse tıp hukukunda adalete ulaşabilmek için kabulü zorunlu olan iki ilkedir.

#### **4. Tıp Ceza Hukuku'nda Hekimin Güven İlkesi Kapsamında Sorumluluk Alanının Belirlenmesi**

Şu ana kadar güven ilkesi ve bu ilkenin olmazsa olmaz kavramları üzerinde durup, ilkenin anlaşılması için zorunlu olan bilgiler aktarıldı. Bu bölümde ise ekip halinde çalışılan faaliyetlerde hekimin kendisiyle birlikte görev alan diğer sağlık çalışanlarının sorumluluklarının nasıl belirleneceği örneklerle birlikte izah edilmeye çalışılacaktır.

Hekim, birlikte çalıştığı ekip elemanları ile arasında oluşabilecek organizasyon eksikliklerini önleyecek tedbirleri almalı ve bu şekilde hareket etmelidir. Örneğin, vasıf eksikliği, yanlış anlaşılmalara, bilgi eksikliği veya keyfi davranışları önleyecek tedbirleri hekim önceden almalıdır. Ama bu; **hekimin, sağlık personelinin zaten görevi gereği yapması gereken işlerini yani birincil sorumluluk alanlarını kontrol etmek zorunda olduğu anlamında yorumlanamaz**<sup>10</sup>.

Güven ilkesi uyarınca; hekim, zorunlu eğitimini ve sertifikalarını almış personelin kendi birincil sorumluluk alanlarını kontrol etmek zorunda değildir. Hekim, devlet sınavlarından geçmiş sağlık personelinin – örneğin, hemşire, tıp teknisyenleri, tıp teknikerleri, ebeler – sınavdan geçerken öğrenmesi gereken bilgilere sahip olduğundan yola çıkar. Zira bunlar devlet denetiminden geçerek göreve alınmış yani devlet eliyle seçilmiş kişilerdir. Bu nedenle hekim sağlık personelinin kendi alanında ehil kişi olduğunu kabul ederek hareket eder. Hekim birlikte çalıştığı sağlık personelinin hareketlerini de sürekli kontrol etmek zorunda değildir. Bu iş paylaşımının bir sonucudur. Örneğin, bir operasyon sırasında hekim birlikte çalıştığı anestezi teknikerinin yapmış olduğu işi kontrol etmekle mükellef değildir. Meğerki personelin vasıfsız, yetersiz veya tecrübesiz olduğunu bilsin. Aksi

10 Ulsenheimer, Klaus , Arztsstrafrecht in der Praxis, C.F. Müler, Yeni 4. genişletilmiş basım, s.237.

durumun kabulü, iş paylaşımını anlamsız hale getirir ve güven ilkesinin geçerliliğini ve uygulanabilirliğini ortadan kaldırır ve hekim, birlikte çalıştığı personeline, risk içeren işleri teslim edemez, kendi işlerini yapamaz hale gelir<sup>11</sup>.

Hekime ikincil sorumluluk alanında yüklenen sorumluluğun ise sorumluluk alanını geniş tutmamak gerekir. Hekimin personelin yaptığı hatalardaki sorumluluk alanını, birlikte çalıştığı sağlık personelinin, seçmedeki özen ve dikkati ile bu personelin gerekli talimatları yerine getirip getirmediğini kontrol etmek ile sınırlı tutmak gerekmektedir. Hekimin sağlık personelinin yerine geçerek iş ve işlem yapması ya da kontrollerini bu şekilde gerçekleştirmesi beklenmemelidir<sup>12</sup>.

Hekimin ikincil sorumluluk alanındaki temel kriteri, hekimin birlikte çalıştığı personeli gerekli dikkat ve özen içinde seçmesi ve rutin kontrollerini yapması olarak belirleyebiliriz. Hekim özellikle uzun süreden beri birlikte çalıştığı personelinin rutin bir denetime tabi tutmalı ancak sürekli göz hapsine almamalıdır. Ancak hekim sürekli çalıştığı personelinde bir dikkatsizlik ve tedbirsizlik görürse ya da personelinin eğitiminin gelişen teknolojik yenilikler karşısında yetersiz olduğunu fark ederse, personeline ya gerekli eğitimi vererek yetiştirmeli ya da personeli üzerindeki denetimini arttırmalıdır. Zaten gelinen bu noktada, hekim artık güven ilkesinden söz edemez zira güven sarsılmıştır. Hekimin güveninin sarsıldığı böyle bir durumda hekimin sorumluluk alanı, ikincil sorumluluk alanını kapsar hale gelir ve personelin yaptığı hatadan kendisi de sorumlu tutulur<sup>13</sup>.

Konuğu örneklerle izah etmeye çalışacak olursak;

· 20 Yıl tecrübesi olan ve tüm klinik hekimlerince sorumluluk sahibi nitelikli bir ebe olarak tanımlanan ebenin, doğum takibi sırasında NST'de (Kardiyotografi) geç deselerasyonun patolojik desenlerini fark etmediği için uzman hekimi çağırarak gecikmiş ve bu nedenle oksijen eksikliği nedeniyle bebeğin beyininde hasar ve Athetose gerçekleşmiştir. Yapılan yargılamada tüm deliller toplandıktan sonra, ebenin amir hekiminin düzenli olarak ebeler NST (Kardiyotografi)'in yorumlanması hakkında eğitim verdiği tespit edilmiştir. Hekimin, sorumlu ebenin niteliklerine güvenerek hastayı emanet etmesi tıbbi kurallara uygun bulunduğu ve

11 Ulsenheimer, Klaus , Arztstrafrecht in der Praxis, C.F. Müler, Yeni 4. genişletilmiş basım, s.237 vd.

12 Ulsenheimer, Klaus , Arztstrafrecht in der Praxis, C.F. Müler, Yeni 4. genişletilmiş basım, s.237 vd.

13 Ulsenheimer, Klaus , Arztstrafrecht in der Praxis, C.F. Müler, Yeni 4. genişletilmiş basım, s.237 vd.



hekimin böyle nitelendirilen bir ebeyi ayrıca denetim yükümlülüğü bulunmadığı gerekçesiyle hekim, taksirle yaralamaya sebep olma suçundan beraat etmiş, ebe ise tek sorumlu kişi kabul edilerek mahkûm edilmiştir<sup>14</sup>.

· Bir doğum olayında bebeğe, anestezi uzmanı olan hekimin talimatıyla 150 ml %8,4 sodyum bicarbonat takılıyor. Anestezi bölümünün sorumlu hemşiresi şişenin değiştirilmesi gerektiği anda sodyum bicarbonatı içerik şişeye çok benzeyen bir başka içerikli şişeyi bebeğe takıyor. Bebek bu olaydan kısa bir süre sonra ölüyor. Bunun üzerine anestezi uzman hekim hakkında dava reddedilmiştir. Gerekçe olarak da; anestezi uzman hekiminin talimatlarının doğru ve yerinde olduğu ancak işinin ehli olarak bilinen hemşirenin talimatı hatalı bir biçimde yerine getirdiği belirtilmektedir. Söz konusu olayda, sadece hemşire sorumlu tutulmuştur. Ayrıca serum takma işleminin hekimin görevi olmaması ve hemşirenin de talimatları doğru anlayabilecek tecrübeye sahip olması da bu kararın gerekçesi olarak belirtilmiş ve hekimin böyle bir olayda hemşiresine güvenmesi gerektiği esas alınarak hekim olaydan sorumlu tutulmamıştır. Aksi düşünce, sağlık personelinin sorumluluğuna gitmeyi engelleyerek, hekimler açısından resesif tıbbın gelişmesine yol açacaktır<sup>15</sup>.

· Somut olayda, Klinik şefi bebeğe damar içi kalsiyumklorid enjekte edilmesi yönünde ilgili hekime talimat vermiş, bu hekim ise kliniğin sorumlu hemşiresine gerekli talimatı iletmiştir. Klinik hemşiresi ise klinikte staj yapan öğrenci hemşireye bebeğe ilgili ilacın damar içi enjeksiyonun yapılması yönünde talimat vermiş ve öğrenci hemşire de bebeğe sorumlu hemşirenin talimatı doğrultusunda enjeksiyonu gerçekleştirmiştir. Öğrenci hemşire, enjeksiyon işlemini hatalı bir biçimde gerçekleştirdiği için bebek hayatını kaybetmiştir. Bu olay sonrasında, klinik şefi, uzman hekim, sorumlu hemşire ve öğrenci hemşire hakkında dava açılmıştır. Yapılan cezai yargılama sonrasında, iki hekimin beraatına iki hemşirenin ise mahkûmiyetine karar verilmiştir. Gerekçe olarak ise; sorumlu hemşirenin öğrenci hemşireye böyle bir talimat verme hakkı olmaması ve öğrencinin bu işlemi sağlıklı bir biçimde yapamayacağını öngörmesi nedeniyle, öğrenci hemşireye ise aldığı eğitim gereği ve bu eğitim sırasında verilen kesin talimatlar doğrultusunda böyle bir işlemi yapma yetkisi olmadığını

14 Ulsenheimer, Klaus , Arztsstrafrecht in der Praxis, C.F. Müler, Yeni 4. genişletilmiş basım, s.239, Almanyada Weiden Şehri Yerel Mahkemesi Ls 2 Js 5243 – 81, Urt. v. 23.11.1982 sayılı kararı.

15 Ulsenheimer, Klaus , Arztsstrafrecht in der Praxis, C.F. Müler, Yeni 4. genişletilmiş basım, s.240, Münih Yerel Mahkemesinin 12.06.1986 tarihli, 5Kls 123 Js 3271 – 84 sayılı kararı.

bilmesine rağmen işlemi gerçekleştirmiş olması nedeniyle mahkûm edilmişlerdir<sup>16</sup>.

Görüldüğü üzere, sunulmuş olan tüm örnekler, Almanya'da "güven ilkesinin" tıp ceza hukukunda uygulanmasına ilişkindir. Sunulan örnekler irdelendiğinde, güven ilkesinin tıp ceza hukuku açısından önemi daha iyi anlaşılacaktır. Güven ilkesinin kabul edilmemesi halinde, sunulan örnek Alman içtihatlarındaki tüm olaylarda sağlık personeli ile birlikte hekimin de cezai sorumluluğu doğacaktı.

Almanya'da güven ilkesinin kabul edilmesine rağmen tıp ceza hukukunun gelmiş olduğu konum, Alman hekimlerini resesif tıbbi (savunmacı tıbbi) yöneltmiştir. Bu nedenle, konunun hassasiyeti bakımından hukukçuların, sağlık çalışanlarının sorumluluklarını belirlerken azami özeni göstermesi gerekmektedir.

### 5. Türkiye'de Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi

İfade etmek isteriz ki; Ülkemizde tıp ceza hukuku henüz daha yeni gelişmektedir. Bu nedenledir ki bu alanda sorumluluk sebepleri ve sorumluların tespitine yönelik ilkeler henüz yerleşmemiştir. Ancak bu aşamada şunu belirtmek mümkündür. Tıp Ceza Hukuku, çoğunlukla taksirli suçları kapsamaktadır. Konunun hassasiyeti ve sorumluluk alanlarının tam olarak tanımlanmamış olması yani beyaz alanların çokluğu nedeniyle tıp ceza hukukunda, ciddi sıkıntılar yaşanmaktadır.

Türkiye'de uygulamada nasıl kararlar verilmektedir? Yaptığımız araştırma sonucu şimdiye kadar Yargıtay içtihatlarında güven ilkesine ilişkin olarak net bir ifadeyle karşılaşmadığımızı belirtmek isteriz. Buna rağmen tıp hukuku ile ilgili olmasa da ekip halinde yürütülen işlerde güven ilkesini kapsayan bir kısım içtihatların olduğu görülmektedir<sup>17</sup>. Oluşan içtihatlarda konu, 5237 sayılı TCK'nın *Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği'ni* düzenleyen 20. maddesi ve *Taksir'e* ilişkin 22/5. maddesi kapsamında ele alınmakta ve ekip halinde yürütülen faaliyetlerde sorumluluğun özen yükümlülüğü ile açıklanmaya çalışıldığı görülmektedir<sup>18</sup>.

Oysa bazı durumlarda, kişinin kendisi özen yükümlülüğüne aykırı davranırsa dahi, faaliyete katılan diğer kimseye güvenmesi sonucu mey-

16 Ulsenheimer, Klaus , Arzstrafrecht in der Praxis, C.F. Müler, Yeni 4. genişletilmiş basım, s.240, Münih 1. Yerel Mahkemesi – 27.10.1978 tarihli, 15 Kls 124 Js 4312 – 76 sayılı kararı.

17 Yargıtay 2. CD, 05.02.1996, 1996/268 E., 1996/1025 K.

18 Katoğlu, Tuğrul, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, TBB Dergisi, Sayı 68, 2007, s.38.

dana gelen olumsuz sonuçtan sorumlu olmayabilmektedir. İşte bu tür durumlarda, tek başına “özen yükümlülüğü” kriteri yeterli olmamaktadır ve sorumluluğun belirlenmesinde “güven ilkesi” devreye girmektedir<sup>19</sup>.

Bu gün ülkemiz uygulamasında hatalı olarak hekimlerin sorumluluğu ile ilgili olarak bilinçli taksir hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Bize göre güven ilkesi gereğince hareket edilmiş olursa bu durumda hekimlerin sorumluluğunun taksir hükümleri çerçevesinde belirlenmesi gerekeceği açıktır. Bu halde hem olaya ve hem de adalete uygun hareket edilmiş ve gerçek sorumlular ile sorumluluğun karşılığı uygun illiyet gereğince tespit edilmiş olunacaktır. “güven ilkesinin”, “neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenmek”<sup>20</sup> anlamına geldiği göz önüne alındığında açıklamalarımızın doğruluğu ortaya çıkacak ve bu halde hekimlerin somut olaydaki durumu daha iyi irdelenecektir. Aksi durumun kabulü halinde ise, her taksirli suçta hekimler, “bilinçli taksirle” yargılanmak durumunda kalacaklardır. Böylesi bir durumun hakkaniyetle örtüşmediği ve resesif tıbbın oluşmasına neden olacağı hiçbir zaman unutulmamalıdır.

## 6. Sonuç

Türkiye’de tıp ceza hukuku gelişirken evrensel hukuka uygun adil kararlar verilerek gerek hastanın ve gerekse hekim ve sağlık çalışanlarının mağdur edilmemesi gerekmektedir. Bunun sağlanabilmesi içinde açıkladığımız gerekçelerle “güven ilkesi”nin Türk hukukunda uygulama alanı bulması gerekmektedir. 5237 sayılı TCK’nın 20. ve 22. maddesi bu anlamda yeterli olmamaktadır. Kanaatimizce, güven ilkesinin uygulanabilmesi için yeni bir kanuni düzleme yapmak yerine Yargıtay içtihatlarıyla bu alanda doğan boşluk doldurulabilir ve hukuk uygulamasında ortaya çıkabilecek sorunlar giderilebilir. Unutulmamalıdır ki sert, cezalandırıcı ve hakkaniyetten uzak bir tıp ceza hukuku öğretisinin oluşması resesif tıbbın oluşmasına yol açacak, resesif tıbbın oluşması ise hasta olma ihtimali olan herkesin, yani her vatandaşın tek tek mağdur olmasına sebep olacaktır.

**\* Beni hiç tanımadıkları halde, bu eserde kullanılan Almanya Federal Mahkemesi, Almanya Eyalet Mahkemesi ve Almanya Yerel Mahkeme içtihatları ile Almanya’daki bilimsel görüşleri derinlemesine araştırarak makalemde kullanmak üzere bana ulaştıran meslektaşım Sayın Av. PATRİCK TEUBNER’e, büyük bir tevazu örneği göstererek kendi makalesini bizzat gönderen ve kullanmama müsa-**

19 Ünver, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta Yayınevi, 1998, s.343

20 Ünver, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta Yayınevi, 1998, s.340.

**ade eden Sayın Prof. Dr. HENNING ROSENAU'a, Almanca metinlerin çevirisinde yardımını esirgemeyen arkadaşım ve meslektaşım Sayın Av. SONGÜL ÖZEL ÇELİK'e ve son olarak makaleyi inceleyerek gerekli değerlendirme ve eklemeleri yapan Sayın Av. ŞEREF DEDE ile Sayın Av. Dr. ÖZLEM YENERER ÇAKMUT'a katkılarından dolayı teşekkürlerimi sunarım.**

#### KAYNAKÇA

Delogu, Tullio, Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi, Çev. Yüksel Ersoy, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nden ayrı basım, 1987.

Katoğlu, Tuğrul, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, TBB Dergisi, Sayı 68, Ankara, 2007.

Ratajczak, Thomas; Schwarz, Gabriela – Medizin und Strafrecht, Strafrechtliche Verantwortung in Klinik und Praxis Herausgeber: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht.V. Schriftleitung: Schilling 1. Auflage, 2000, Springer-Verlag.

Wiss. Ass. Dr. iur. Rosenau, Henning, Göttingen, Einarztfreier Raum im Krankenhaus? Konfliktfelder und Kompetenzen zwischen Arzt und Krankenpflege, ArztRecht 2000, S. 268 – 273.

Ulsenheimer, Klaus , Arztstrafrecht in der Praxis, C.F. Müler, Yeni 4. genişletilmiş basım.

Ünver, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta Yayınevi, 1998.

# ADLI PSİKIYATRİ BAKIMINDAN KUSUR YETENEĞİNİN, BİLİRKİŞİLİK MÜESSESESİ VE ADLİ RAPOR HAZIRLANMASI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Nesrin ÖZKAYA<sup>1</sup>

## I. GİRİŞ ve AMAÇ

Adli Psikiyatri; klinik psikiyatri, nöroloji, adli bilimler, hukuk, kriminoloji (suç bilimi), psikoloji ve sosyoloji gibi birçok disiplinin tıbbi bakış ve bilimsel objektiflik sınırları içinde kaynaşmasından oluşmuş disiplinler arası bir bilimdir.<sup>2</sup> Türk Ceza Kanunu (TCK)<sup>3</sup> ve Türk Medeni Kanunu (TMK)<sup>4</sup> kapsamında; birincisi yaş kriteri, ikincisi ise mental olgunluk düzeyi/mental sağlık olmak üzere iki temel kriter içinde durumun değerlendirilmesini bilirkişilerden talep edilmektedir.<sup>5</sup> Gerek ayaktan muayene ile gerekse gözlem altındaki bir olguda, adli psikiyatrik problemi çözebilmek için, olayı oldukça geniş bir spektrumda, objektif, önyargısız, tıbbi literatüre uygun kriterlerle hukuki zemine oturtulmuş bir şekilde değerlendirmek gerekir. Bu da medikal bilgiler kadar hukuki bilgiye de ihtiyaç olduğunu gösterir.

Suç isnat yeteneğine sahip bir kişinin kusurlu iradesinin yarattığı icrai veya ihmali bir hareketin meydana getirdiği kanunda yazılı tanıma uygun, hukuka aykırı ve yaptırım olarak bir cezanın uygulanmasını gerektiren eylem suç olarak tanımlanır. Suç adını alan bu olay; yasallık, hukuka aykırılık unsuru, maddi unsur ve manevi unsur olmak üzere, dört unsurdan meydana gelir.<sup>6</sup> Bu makalede suçun manevi unsuru, manevi unsurun belirlenmesinde etken olan faktörler, bu faktörlerin belirlenmesinde uzman bilirkişinin rolü ve adli raporların hazırlanmasında dikkat edilecek hususların ortaya konulması amaçlanmış, hukukçulara yol gös-

1 İstanbul Barosu Avukatı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi

2 Ümit BİÇER, İ. Hamit HANCI, Adli Psikiyatri, Türk Tabipler Birliği (TTB) Birinci Basamak İçin Adli Tıp internet sitesi, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/8.html>, Erişim tarihi: 18.04.2011

3 26/09/2004 Tarihli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 12/10/2004, Resmi Gazete Sayısı: 25611.

4 22/11/2001 Tarihli 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Resmi Gazete Tarihi: 8/12/2001, Resmi Gazete Sayısı : 24607.

5 Celal Bayar Üniversitesi Adli Tıp Stajı Ders Notları, [http://www.psikolojikdanisma.net/adli\\_psikiyatri.htm](http://www.psikolojikdanisma.net/adli_psikiyatri.htm), Erişim Tarihi: 13.04.2011.

6 Uğur ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:372, Sevinç Matbaası, Ankara,1975, s.8-10.

terme ve adli psikiyatrik değerlendirmelerde bir bakış açısı kazandırması hedeflenmiştir.

## II. İNCELEME

### 1. İsnat Yeteneği:

Suçun meydana gelebilmesi için failin, kanundaki tanıma uyan ve hukuka aykırı olan bir eylemi işlediğinin kanıtlanması yetmez, failin kusurlu iradesinin bulunması koşulu da aranır. Böylelikle, kusurlu irade de suçun kurucu unsurlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>7</sup> İnsan hareketlerinin cezalandırılmasında irade aranması, insanileşme amacına yönelik uzun süren bir gelişme dönemi sonunda varılan bir sonuçtur. **Ma-nevi unsur denildiği zaman; isnat yeteneği ve kusurluluktan oluşan bir bütünün anlaşılması gerekmektedir.** 5237 sayılı TCK'nın 31-34. maddelerinde kusur yeteneği üzerinde durulmuştur.

Dönmezer ve Erman isnat kabiliyetini, “ bir failin bir kimseye kabili izafe olabilmesi için, failde bulunması gereken vasıfların heyeti mecmuasıdır (toplanmasıdır)” diye tanımlamaktadır.<sup>8</sup> 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun “İsnat yeteneği, anlama ve isteme yeteneğine sahip olmaktır” şeklindeki tanımı en basit tanımdır.<sup>9</sup> Anlama yeteneği, bir kimsenin, yaptığı hareketin toplum içindeki yerini bilmesi ve toplu yaşama koşulları ile çatışma halinde olduğunu anlamasıdır. Failin, hareketinin aynı zamanda kanuna aykırılık teşkil ettiğini bilmesi gerekmez.

İsnat yeteneğinin esası, irade özgürlüğü (libero arbitrio) dür. İnsana, iyiyi kötüden ayırma yeteneğine sahip olmasına rağmen kötüyü seçtiği için ceza verilir. TMK'na göre, bir kişinin kişilik haklarını kullanmaya yetkili yani hukuki sorumluluğa haiz olabilmesi için; “ergin olması”, “ayırt etme gücüne sahip olması” ve “kısıtlı olmaması” gerekmektedir.

### 2. İsnat Yeteneğini Etkileyen Nedenler:

Niteliklerine göre bu nedenler fizyolojik, patolojik, toksik olabilir. TCK' da belirtilenler şunlardır:

#### 2.1. Küçüklük:

TCK, kusur yeteneğinin belli bir yaşa ulaşmış, fizyolojik ve psikolojik

7 Francesco ANTOLISEI. Manuale, s. 227. - Bettiol, Diritto penale, s. 475; Dolce, Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale, Milano, Dott. A.Giuffrè- Editore, Milano, 1957, s. 1. Aktaran:Uğur ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:372, Sevinç Matbaası, Ankara,1975, s.8-10.

8 DÖNMEZER Sulhi, - ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,. C. II/1, İstanbul, 1986,s. 845.

9 1930 Tarihli İtalyan Ceza Yasası Mad. 85. f. 2. Aktaran: DÖNMEZER Sulhi, - ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,. C. II/1, İstanbul, 1986, s. 845.

belli bir gelişme gösteren kimselerde tam anlamıyla var olabileceği gerçeğinden hareket ederek, yaşı derecelendirmiş ve ceza sorumluluğunu buna göre şekillendirmiştir. 18 Yaşın doldurulması ile yetişkin statüsüne adım atılır. 18 Yaş altındaki küçüklük durumu da üç yaş grubunda ele alınır;

### **Yaş Grubu 1:**

12 Yaşın altındaki küçüklere, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin (Algılama-Yönlendirme Yetisi=Farik ve Mümeyyizlik) yeterince gelişmemesi nedeniyle, işlediği suçlardan dolayı bir ceza verilmez. Ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir ve ebeveyn hakkında belli yaptırımlara başvurulur (TCK'nun 31/1. maddesi). Uygulanacak güvenlik önlemlerine TCK'nun 56. ve 57. maddelerinde yer verilmiştir.

Yargıtay, 2008 yılında verdiği bir karar ile<sup>10</sup> ; “...Suç tarihinde 11 yaşını doldurup 12 yaşını doldurmamış sanık hakkında 2253 Sayılı Yasa<sup>11</sup> hükümleri uyarınca kamu davası açıldığı, sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun 31/1 maddesi hükmüne göre, fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğunun bulunmadığının ve hakkında ceza kovuşturması yapılamayacağına öngörülmesi karşısında, sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerinde olmakla beraber, 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5 ve 11. maddeleri uyarınca çocuklara yönelik koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanıp uygulanmayacağına kararda tartışmasız bırakılması uygun değildir.....” şeklinde 12 yaş altındakilerde güvenlik tedbirlerini vurgulamıştır.

### **Yaş Grubu 2:**

Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların, fiili işlediği sırada, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme yeteneğinin yeterince gelişmiş olup olmadığına bakılır (TCK'nun 31/2. maddesi). İşlediği fiilin sonuçlarını anlayabilme yetisi varsa bu küçüklük hakkında; suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan oniki yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde yedi yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte ikisi indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası altı yıldan fazla olamaz. İşlediği fiile karşı algılama-yönlendirme yetisi yeterince gelişmemiş olması halinde, ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu

10 T.C. Yargıtay 1. Ceza Dairesi. E. 2007/8615. K. 2008/453. T. 30.1.2008. Kazancı Hukuk Otomasyon Programı.

11 7.11.1979 Tarihli 2253 Sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu, RG. Tarihi: 21/11/1979 RG. Sayısı: 16816.(mülga)

kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Ayrıca koruyucu ve destekleyici tedbirler konusunda da Çocuk Koruma Kanununda<sup>12</sup> ayrıntılı düzenleme yapılmıştır.

Yargıtay, 2006 yılında verdiği bir kararında<sup>13</sup> ; “2253 Sayılı Yasanın 20. maddesi uyarınca suç tarihinde 15 yaşından küçük olan sanık ..... işlediği iddia olunan suçun anlam ve kavrayabilme yönünden bedeni, ruhi ve akli durumunun uzman bilirkişi aracılığıyla araştırılıp belirlenmesi farik ve mümeyyiz ise hakkında aynı yasanın 12 ve 38. maddeleri yerine 765 sayılı TCK’nın<sup>14</sup> 54 ve 647 Sayılı Kanunun 6. maddeleri ile hüküm kurulması, bozmayı gerektir” şeklinde konu hakkında hüküm vermiştir.

### Yaş Grubu 3:

Suç işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan küçükler hakkında, fiili işlediği sırada, davranışının hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilmesi yeterince gelişmiş olup olmadığına bakılır. İşlediği fiilin sonuçlarını anlayabilme yetisi varsa suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde ondört yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası sekiz yıldan fazla olamaz (TCK’nun 31/3. maddesi).

### 2.2. Akıl Hastalığı:

İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez (TCK’nın 32/1. maddesi). Ağır derecede olmakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını anlama yeteneği azalmış olan kişiye, ceza indirimleri uygulanır (TCK’nın 32/2. maddesi). Kişide akıl hastalığı bulunması, o kişinin hapisanede tutulmasını veya başka cezalar verilmesini engellemektedir. Ancak ilerde de tehlikeli sayılabilecek davranışlarda bulunma ihtimali olan bir kişiden toplumu koruma esası geçerliliğini korur. Nitekim TCK’nın 57. maddesinde, “akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri” ne yer verilmiştir. TMK’nın 432. maddesine göre de akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlı-

12 03/07/2005 Tarihli 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu, RG. Tarihi : 15/07/2005, RG. Sayısı : 25876.

13 T.C. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2005/8926, K. 2006/1597, T. 9.3.2006. Kazancı Hukuk Otomasyon Programı.

14 01/03/1926 Tarihli 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu (Mülga), Resmi Gazete Tarih: 13/03/1926, Resmi Gazete Sayısı: 320.



lılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle, toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korumasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir.

Yargıtay, 2008 yılında verdiği bir kararında <sup>15</sup> ; “ TCK’ nun 32/1. maddesine göre, akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış bulunan kişiye ceza verilemez; bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur. Hakkında güvenlik tedbirine hükmolunan akıl hastalarının, aynı Yasa’nın 57/1. Maddesi uyarınca yüksek güvenlikli bir sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınması gerekir. Akıl hastalığının ve bunun kişinin davranışlarını yönlendirme yeteneğine etkisinin saptanması ise, psikiyatri biliminin verileri çerçevesinde bilirkişi uzman hekim tarafından belirlenecektir. Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK)<sup>16</sup> bu tür raporların hangi hekim ya da kurumlardan alınacağı hususunda bir açıklık olmadığı ve yargılama usulüne ilişkin kurallarda kıyas mümkün bulunduğu için, bu durumda akıl hastalığının saptanmasına dair kurallar öngören diğer yasal düzenlemelerden yararlanılmalıdır. Kişilerin akıl hastalığı nedeniyle kısıtlanması yöntemini düzenleyen Türk Medeni Kanunu’nun 409/2. maddesinde, “akıl hastalığı veya zayıflığı sebebiyle kısıtlamaya ancak resmi sağlık kurulu raporu üzerine karar verilir.” denilmektedir. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’nin<sup>17</sup> 5. maddesinde sağlık kurumları işlevlerine göre beş gruba ayrılmış, genel dal hastaneleri ile eğitim ve araştırma hastaneleri ayrı birer grup olarak düzenlenmiş, 22 ve devamı maddelerinde ise, sağlık kurullarının oluşumu kurala bağlanmıştır. Bir başka yasal düzenleme de, infaz sırasında akı hastalığına tutulan hükümlülerle ilgili infazın geri bırakılması koşul ve yöntemlerini düzenleyen Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun<sup>18</sup> 16. maddesinde yer almıştır. Buna göre, infazın geri bırakılması kararı ancak Adli Tıp Kurumu’nca düzenlenen veya Adalet Bakanlığı’nca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumu’nca onaylanan raporlar üzerine verilebilecektir. Dolayısıyla, şüpheli veya sanı-

15 TC. Yargıtay 9. Ceza Dairesi E. 2008/6230 K. 2009/1 T. 30.12.2008. Kazancı Hukuk Otomasyon Programı.

16 04/12/2004 Tarihli, 5271 Sayılı, Ceza Muhakemesi Kanunu, Resmi Gazete Tarihi 17/12/2004, Resmi Gazete Sayısı : 25673.

17 10.09.1982 Tarih ve 8/5819 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilen Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 13 Ocak 1983, Resmi Gazete Sayısı: 17927, değişiklik 05 Mayıs 2005 Tarihli ve 25806 Sayılı RG.

18 13.12.2004 Tarihli 5275 Sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Resmi Gazete Tarihi : 29/12/2004, Resmi Gazete Sayısı : 25685.

ğın akıl hastası olup olmadığı, belirtilen sağlık kurumlarından herhangi birinden alınacak sağlık kurulu raporu ile saptanabilir. Kişinin akıl hastası olup olmadığının sağlık kuruluşlarınca saptanması işlemi sırasında gözlem altına alınması da zorunlu değildir. CMK' nın 74. maddesinde düzenlenen ve özgürlüğü kısıtlayan bir işlem olan gözlem altına alma, ancak bilirkişinin uygun görüşü doğrultusunda ve gerektiğinde başvurulabilecek bir kontrol yöntemidir. Öte yandan, soruşturma sırasında şüphelinin kusur yeteneği ve ceza sorumluluğu bulunmadığını saptayan Cumhuriyet Savcısı, şüpheli hakkında CMK' nın 171. maddesine göre kovuşturmayaya yer olmadığına karar verebilecek, ayrıca şüpheli hakkında koruma ve tedavi kararı verilmesi bakımından Sulh Ceza Hakimliği'ne de başvurabilecektir. Akıl hastaları hakkındaki güvenlik tedbiri yargulamasının nasıl yürütüleceği hususunda CMK' da açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu yargulamada fiilin akıl hastası fail tarafından işlenip işlenmediği, yasada öngörülen suç tiplerinden birine uyup uymadığı, ayrıca kişinin kusur yeteneği ve sorumluluğunun bulunup bulunmadığı gibi hususların çözüme kavuşturulması gerekeceğinden, CMK' nın yargulamaya ilişkin hükümlerinin gerekli görüldüğü ölçüde uygulanması da zorunludur” şeklinde hüküm belirtmiştir.

### 2.3. Sağırılık ve Dilsizlik:

Sağır ve dilsizlerin ise, toplum içersindeki mental gelişimlerinin daha geri kalacağı düşünüldüğü için, yaş sınırları TCK' nın 33. maddesinde ele alınmıştır. Fiili işlediği sıradaki yaşı ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilmesinin yeterince gelişmiş olup olmadığı kriterlerine göre ayrı cezai sorumluluk belirlenmiştir.

Yargıtay, 2003 yılında verdiği bir karar<sup>19</sup> ile ; “Sağır ve dilsiz olduğu anlaşılan sanığın farik ve mümeyyiz olup olmadığı araştırılmalı, hakkında TCK'nın (mülga) 58. maddesi uygulanmalıdır” bu konuya ışık tutmuştur.

### 2.4. Geçici Nedenler:

TCK' da özel bir durum oluşturan, psikiyatrik hastalıklar dışında kalan diğer tıbbi hastalıkların seyri sırasında (ve/veya sonucu) geçici olarak ortaya çıkan psikopatolojik tablolar sırasında ya da irade dışı alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisiyle bir suç işlenmiş ve kişinin “işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış” ise o kişiye ceza verilmeyecektir (TCK' nın 34/1. maddesi). Kişinin bir psikoaktif maddeyi

19 T.C. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2003/5853, K. 2003/6497, T. 3.11.2003. Kazancı Hukuk Otomasyon Programı.

(insan davranışlarını etkileyen maddeler) kendi iradesi dışında, hile veya aldatmacayla ya da kaza ile kullanması sonucu ortaya çıkabilen ağır davranış bozuklukları, ağır üremi (kanda üre miktarının artışı) tabloları, ağır hipoglisemiler (kan şekerinin düşmesi), ensefalitler (beyin iltihabı), kafa travmaları ya da neoplazmalar (tümör) gibi birçok hastalıkların seyri ve sonucu olarak gözlenen hafiften ağıra ve hatta deliriuma (bilinç bozukluğu, çevresindekileri algılamada güçlük) kadar giden, nöropsikiyatrik semptomlar oluşturan durumlardır<sup>20</sup>. Sonuçlarını kestiremeyeceği kabul edilse bile, isteyerek alınan bir psikoaktif maddenin oluşturduğu intoksikasyon (zehirlenme) tablosu sonucu, şuur ve hareket ile irade serbestisinin etkilenmesi, delirium tablosu ortaya çıkması hariç, ceza sorumluluğunu etkilemez. TCK' nın 34/2. maddesi' ne göre, iradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen bir kişi, TCK' nın 34/1. maddesinden yararlanamaz. Alkol psikozlarının (delirium tremens, Wernicke hallüsinozu, alkol paranoyası, alkol demansı, Korsakoff psikozu gibi) seyirleri esnasında; kişinin alkolü ilk kez kullanması, sarhoşluğun ilk defa ortaya çıkmış olması ve kişinin bu durumdan haberdar olmaması durumunda meydana gelecek patolojik (arazi) sarhoşlukta ya da alkolün irade dışı alınmış/verilmiş olması halinde kişinin ceza sorumluluğu bulunmayacaktır.

Kişi, gerçekleştirdiği davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyen bir nedenin etkisine bilinci olmaksızın veya iradesi dışında girmiş olabilir. Örneğin, kimyasal madde üretiminin yapıldığı bir tesiste çalışan kişiler, kimyasal maddelerden yayılan kokunun etkisinde kalarak, geçici bir süre algılama ve irade yeteneğini tümüyle yitirmiş olabilir. Bu gibi durumunda, kusur yeteneğinin olduğundan söz edilemez<sup>21</sup>.

#### **2.4.1. Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Kullanımı:**

TCK' nın 191. maddesinde, “kullanmak için uyuşturucu madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak” suçu tanımlanmıştır. Uyuşturucu madde kullanırken ya da yanında uyuşturucu madde taşırken yakalanan ya da bir suç işledikten sonra alkol bağımlısı olduğunu iddia eden bir kişi, TCK' nın 57/7. maddesine göre, alışkanlığının “bağımlılık” düzeyinde olup olmadığının tespit edilmesi için gözlem (müşahede) kararı ve

20 Celal Bayar Üniversitesi Adli Tıp Stajı Ders Notları, [http://www.psikolojikdanisma.net/adli\\_psikiyatri.htm](http://www.psikolojikdanisma.net/adli_psikiyatri.htm), Erişim Tarihi: 13.04.2011.

21 Yeni TCK madde gerekçeleri, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 14.04.2011.

dava dosyası ile birlikte adli psikiyatrik muayene yapan resmi bir kuruma gönderilir. Gerek yatırılarak gerekse ayaktan gözlem sonucunda gerekli muayenesi ve tetkikleri yapılarak madde kullanım düzeyine karar verilir ve ona göre rapor düzenlenir. Gözlem muayenesi sonucunda “uyuşturucu madde bağımlısı” olduğuna karar verilen bir kimse için, maddeyi kullanma ve yanında 1-2 günlük miktarları bulundurma suçlarına karşı ceza ehliyeti olmadığına karar verilir ve bağımlılığının tıbbi tedavisi için gerekli kurumlara gönderilir. Madde bağımlısı olan bir kimsenin bu maddeyi imal etmeye, satmaya kalkması durumunda ceza ehliyeti bakımından madde bağımlısı olup olmamasının hiçbir önemi yoktur. Yani bu kişinin madde bağımlısı olması “maddeyi kullanma suçuna karşı” ceza sorumluluğunu ortadan kaldırırken, satma veya imal etme suçuna karşı ceza sorumluluğunu etkilemez.

#### 2.4.2. Alkol Kullanımı:

Alkol kullanımı alışkanlığının “bağımlılık” derecesinde olup, olmadığı sorgulanan ve “bağımlı” olduğuna karar verilen kişinin de ceza sorumluluğu ortadan kalkmıştır. Bağımlılık kriterleri; alkol veya uyuşturucu maddeyi almak için çok güçlü bir istek veya zorlantı, alkol veya uyuşturucu maddeyi alma davranışını denetlemede güçlük, alkol veya uyuşturucu madde kullanımı azaltıldığında ya da bırakıldığında fizyolojik bırakma sendromu (yoksunluk tablosu) ve tolerans belirtileri (alınan alkol miktarının giderek artması), alkol veya uyuşturucu maddeyi elde etmek, kullanmak, etkilerinden kurtulmak için harcanan zamanın diğer ilgi ve uğraşlara yer bırakmayacak derecede artması, fiziksel, ruhsal hastalıklar gibi zarar görüldüğüne ilişkin açık verilere karşın alkol veya uyuşturucu madde kullanımını sürdürme, sosyal yıkımdır.

ROTA eserinde, “Suç âmilleri (etkenler) arasında, sıhhat için zararlı ve hakikaten kötü tesirleri ve yayılmasındaki kolaylık dolayısıyla aşikâr bir sosyal karışıklık tehlikesi teşkil edeni, hiç şüphesiz alkolizmdir” demiştir<sup>22</sup>. EREM’ in belirttiği gibi «sarhoşluk hadiselerinde, alınan alkol miktarı kadar, bünyeden gelen sebeplerin de tesiri olduğuna ve bu hadiselerde müşahhas (somut) ve ferdî vakalara dayanarak karar vermek lâzım geldiğine göre, bu çeşit kararların esasen hakiki bir murakabeye (gözleme) tabi tutulmağa müsait olmadıkları aşikârdır»<sup>23</sup>. Sarhoşluk bünyesinde çok önemli

22 Camillo ROTA, Dell’ubriachezza considerata sotto il duplice aspetto di causa dirimente e causa minorante la responsabilità penale. s. 5. Cenova. Aktaran: Faruk EREM., Hümanist Doktrin Açısından Ceza Hukuku, Sevinç Matbaası Ankara, 1980, s.473.

23 Faruk EREM., Hümanist Doktrin Açısından Ceza Hukuku, Sevinç Matbaası Ankara, 1980, s.473.

hukuki problemleri barındırdığından çokça tartışılan bir konu olmuştur. Birçok hukukçu tarafından konu incelenmiş, birçok farklı görüş ortaya konulmuştur. TANER' e göre; *“ihtiyari sarhoşluğu yüzünden kendisini tamamen kaybetmiş bir kişi, bu halde iken birisini öldürür veya yaralarsa taksirli adam öldürür veya yaralarsa taksirli adam öldürme ve müessir fiil cürmünden dolayı cezalandırmak lâzım gelir. Fakat meselâ, sahtekârlık gibi, yalnız cürmî kast bulunduğu takdirde cezalandırılan ve mücerret (soyut) taksir ile işlendiği takdirde cezalandırılmayan fiillerden biri işlenmiş olursa ceza verilmemek icap eder”*<sup>24</sup>.

Tam olmayan sarhoşluğun, kanunun aradığı dereceye ulaşip ulaşmadığının tayini, davaya bakan mahkemenin takdir yetkisi içinde düşünülmeli, başka bir deyişle, sarhoşluğun anlama ve isteme yeteneğini önemli biçimde azaltıp azaltmadığını mahkeme değerlendirmelidir<sup>25</sup>. Dünya ülkelerinde uygulanan sistemlerde bir birlik yoktur. Bütün ceza kanunlarının birleştikleri tek nokta arızı (patolojik) sarhoşluğun hiç olmazsa tam şeklinin isnat kabiliyetini ve dolayısı ile cezalandırılma imkânının ortadan kalkması neticesini doğurduğunu kabul etmeleridir. Basit ihtiyari sarhoşluk hakkında kabul edilen hükümler büyük bir çeşitlilik arz ederler. Tasarlanmış ve itiyadi (sık sık tekrarlanan) sarhoşluk mevzularında da bir birliğe rastlamak mümkün değildir. Buna mukabil, hemen hemen bütün ceza kanunları kronik alkol ve uyuşturucu madde kullanımından kaynaklanan kronik zehirlenmeleri akıl hastalığı mefhumu içinde değerlendirmekte ve akıl hastalıkları hakkında kabul edilen tedbirlere tabi tutmaktadırlar<sup>26</sup>.

### **3. Mağdur Açısından Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği**

TCK' nın 102/3a maddesinde, “cinsel saldırının, bedenen veya ruhsal bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı işlenmesi” cezayı ağırlaştırıcı bir unsur olarak; 103/ 1a maddesinde, “onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış” olarak cinsel istismarın tanımı verilmiştir. Bu

24 Tahir TANER, Ceza Hukuku, , İstanbul, 1949, s.384-5.

25 Amedeo PISTOLESE, Alcoolismo e delinquenza: studio sociologico-giuridico, s. 211. Torino,1907. – Giulio CRIVELLARI. II Codice Penale Italiano Illustrato, s. 173, Kessinger publishing, İtalya,1889.Aktaran: Uğur ALACAKAPTAN, Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından No. 163, Ajans-Türk Matbaası,Ankara,1961, s.193.

26 Uğur ALACAKAPTAN, Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından No. 163, Ajans-Türk Matbaası,Ankara,1961, s.193.

kavramlar, cinsel suçlarda mağdurun kendisine uygulanan ve suç olarak kabul edilen cinsel haz alma amaçlı eylemin ahlaki boyuttaki anlamını ve bu eylemden doğacak sonuçları, ilerde karşılaşabileceği sorunları idrak edip edemeyecek durumda olup olmadığını (ahlaki redaetini) belirtmek amacıyla adli-tıbbi alanda kullanılır. Mağdur eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayamaz ya da ruhsal veya bedensel yönden kendini savunamaz bir durumdaysa suça tayin edilen ceza arttırılır. Bunun için mağdurlarda herhangi bir akıl hastalığı/zayıflığı, seksüel arzu artımı (nemfomani) bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Cinsel saldırı kurbanları bu şiddetin psikolojik etkilerini kısa ve uzun dönemde yaşarlar. Cinsel bir saldırıda eylemin fiziksel bulguları dışında psikolojik boyutunun da araştırılması gereklidir. Hekimler kendilerine getirilen cinsel saldırı kurbanlarına oldukça hassas yaklaşmalı, yaşadıkları iddia edilen ya da yaşamış oldukları şiddetin yeniden tekrarına yol açmadan muayene etmelidir. Adli tıp ve adli psikiyatri uygulamalarında; uzman bilirkişi olan hekime sık olarak mağdurun karşılaştığı cinsel eylemin ahlaki redaetini algılayıp algılamadığı ve bu olaya ruhsal yönden karşı koyup koyamayacağı sorulmaktadır. Cinsel bir eylemin ahlaksal olarak kötülüğünü anlamak “bir kişinin bir diğeri tarafından ırzına geçilmesi veya o diğeri ile cinsel ilişkide-homoseksüel veya heteroseksüel- bulunma isteğinde olması ve bu konuyu özgür irade ve kararı ile gerçekleştirmesi için, o kişinin, giriştiği eylemin ruhsal-biyolojik-sosyal yönlerini tüm özellik ve ayrıntılarıyla bilmesi, eylemin ileriki sonuçları ve neden olacağı durumları düşünebilmesi ve bundan sonra istek ve arzusunun istikametinde karar vermesi” dir. Yargı açısından ahlaki redaeti algılamaya engel olan durumlarda sorulan diğer bir konu ise; “mağdurda saptanan rahatsızlığın hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı ve mağdurun ifadelerine itibar edilip edilmeyeceği” dir<sup>27</sup>. Bu da adli-tıbbi bilirkişinin görev alanına girmektedir.

#### **4. Türk Medeni Kanunu Açısından Fiil Ehliyeti (Hukuki Ehliyet):**

TMK'nın 9-16. maddeleri arasında fiil ehliyeti düzenlenmiştir. Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir. Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır. Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir. Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kal-

27 Ümit BİÇER, İ. Hamit HANCI, Adli Psikiyatri, Türk Tabipler Birliği (TTB) Birinci Basamak İçin Adli Tıp internet sitesi, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/8.html>, Erişim tarihi: 18.04.2011.

mak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz.

#### 4.1. Ayırt Etme Gücü:

Kişinin akla uygun şekilde hareket edebilme, eylemlerinin neden ve sonuçlarını kavrayabilme (idrak edebilme) yetisine ayırt etme gücü (temyiz kudreti, sezginlik gücü) denir. Ayırt etme gücünün 2 ögesi vardır:

· **İstenç (irade):** İsteme ve istediğini yapabilme, istemediğini yapmama yetisi.

· **Kavrayış (idrak):** Kişinin eylemlerinin neden ve sonuçlarını değerlendirebilme yetisidir.

#### 4.2. Fiil Ehliyeti Konusunda Hekimden Rapor İstenilme Nedenleri:

- Yaşlılık (65 yaş ve üzeri),
- Mahkeme kararı ile ergin kılınma girişimi,
- Vasiyetname düzenlemek için başvuran her yaştaki ergin,
- Resmi işlem yapan kamu görevlisini tereddüde düşüren bir durumun varlığı,
- Bağış (hibe), taşınmaz alışverişi, vekaletname düzenleme, evlenme, evlat edinme gibi işlemlerde fiil ehliyeti raporu talep edilmektedir.

#### 4.3. Hukuki Ehliyet Yeterlilik Ölçütleri-Hukuki Ehliyet Muayenesi:

- Bir seçimle karşı karşıya bulunduğu farkındalığı,
- Var olan seçenekleri, yararları ve zararları ile birlikte anlama kapasitesi,
- Eylemle ilgili etkenlere ilişkin bilişime sahip olma durumu,
- Patolojik algı, düşünce ve yargılama sürecinde olup olmamak,
- Şiddetli panik, depresyon, öfori (yer ve zamana uygunsuz patolojik neşe), öfke ve diğer emosyonel dengesizliklerin olup olmaması,
- Bir başkasına bağımlılık gibi patolojik bir ilişki,
- Oryantasyon, dikkat ve hafıza melekelerinde belirli bir kusur olup olmadığı,
- Aktüel olarak çevresinde olup bitenlerden haberdar olma durumu,

- Güne ait kıymet ve rayıçleri bilip bilmediği,
- Muayene nedenini bilip, bilmediği ve tam bir açıklıkla ifade edip edemediği,
- Düşünce içeriği, formu ve akışında belirgin bir psikopatoloji olup olmadığı,
- Diğer kognitif (bilişsel) fonksiyonlarında bir bozukluk veya zeka geriliği olup olmadığı,
- Kişilik yapısını ve çevresi ile ilişkisini ağır derecede zedeleyen bir madde bağımlılığı olup olmadığı araştırılmalıdır<sup>28 29</sup>.

Özetle; Hukuki ehliyet veya hukuken yeterli olma, kişinin sağlam bir yargılamada bulunma yetisi temelinde saptanır (ör: tartma, usa vurma mantıklı kararlar verme yetisi gibi). Genelde yeterli sayılabilmek için bireyin söz konusu davranışlarının veya işinin doğasını kavrayabilmesi, niteliğini ve sonuçlarını anlayabilmesi istenir<sup>30 31 32</sup>. Olaylara hukuki yönden bakıldığı zaman bireyin yapmak istediği işlemin neden ve sonuçlarını bilmesi, risklerinden haberdar olması ve kendi eylemiyle gerçekleştirebilmesi durumunda hukuki ehliyetin varlığından söz edilmektedir<sup>33</sup>. Ayırt etme gücü olmayanlar için velayet, vesayet, kayımlık müesseseleri düzenlenerek koruyucu tedbirler alınmıştır.

### 5. Ceza ve Hukuk Ehliyeti Açısından Uzman Bilirkişi:

Bir adli psikiyatrik sorunun çözümü için konuyu geniş bir biyo-psi-ko-sosyal boyuta oturtmak ve bu görüş spektrumunda hiç bir önyargıya kapılmadan objektif bir yargı ile sorunu etik ilkeler ve kanunlar çerçevesinde incelemek esastır. Adli psikiyatride bir olayı aydınlatmak için temel

28 Fatih ÖNCÜ, Medeni Hukuk ve Adli Psikiyatri, Türk Psikiyatri Derneği (TPD) Adli Psikiyatri Bilimsel Çalışma Birimi ,2010 Adli Psikiyatri uygulamaları, [http://78.189.53.61/-/upk/5/5\\_f\\_uncu.pdf](http://78.189.53.61/-/upk/5/5_f_uncu.pdf) Erişim Tarihi: 25.04.2011.

29 Celal Bayar Üniversitesi Adli Tıp Stajı Ders Notları, [http://www.psikolojikdanisma.net/adli\\_psikiyatri.htm](http://www.psikolojikdanisma.net/adli_psikiyatri.htm), Erişim Tarihi: 13.04.2011.

30 Yeşim CAN, Mustafa SERCAN, Ömer SAATÇIOĞLU, Hüseyin SOYSAL, Niyazi UYGUR, Hukuki Ehliyeti Değerlendirme Formu (HEDEF) Geçerlilik, Güvenilirlik ve Duyarlılığı, Klinik Psikiyatri 2006; 9:5-16.

31 Burstazın HJ (1992) Competency to make a will. Am J Psychiatry, 149:1415, Spor JE ve Garb AS (1992) Assessing competency to make a will. Am J Psychiatry, 149:169-174. Aktaran:Yeşim CAN ve ark., Hukuki Ehliyeti Değerlendirme Formu (HEDEF) Geçerlilik, Güvenilirlik ve Duyarlılığı, Klinik Psikiyatri 2006;9:5-16.

32 Lishman WA, Epilepsy. Organic Psychiatry Second Edition, Blackwell Scientific Publication London,1987.

33 Helmes E, Lewis VE, Allan A (2004) Australian lawyers' views on competency issues in older adults. Behav Sci Law, 22(6):823-831.



olan bu yaklaşımın yanında, olayın kanunlar dışında var olan tıbbi boyutu da hiç bir zaman gözden kaçırılmamalıdır. Adli olgularda hekimler tıbbi yardım ve tedavi konusunda -bu tedavi ve yardım psikiyatrik bir boyut içeriyorsa- zaman zaman yeterli inceleme ve değerlendirmeyi yapmamakta ya da eksik bırakabilmektedir. Adli psikiyatrik değerlendirilmede; Kişinin biyo-psiko-sosyal gelişimi, ruhsal sağlık ve durumu (Olay sırasındaki ruhsal durumu, yapmış olduğunu eylemi değerlendirme şekli, olay öncesi-sırası-sonrası tutum ve davranışları), tıbbi ve kriminal öykü, olayın türü, eylem veya suçun gerçekleştirilme biçimi ve koşulları ayrı ayrı değerlendirilerek hazırlanacak raporda gösterilmelidir.<sup>34</sup>

### 5.1. Biyo-Psiko-Sosyal Gelişim:

Diğer canlı türlerinden farklı olarak, insanın doğa karşısında gelişmiş ve olgunlaşmış bir birey olarak kendi başına yaşayabilecek duruma gelme süreci daha uzundur. Çocukluk çağının düşünsel dönemi çoğunlukla somut verilerle oluşurken, ergenlikle birlikte artık daha soyut düşünmeye, gerçeği gerçek olmayandan ayırmaya başlar. Çocuklar belli bir devreye kadar başkalarına hatta kendilerine zarar verebilecek hareketleri tahmin ve takdir edemezler. Bu nedenle yapılan hareketlerin anlamının ve sonucunun takdir edilemediği çocukluk döneminde cezadan korkma ve ceza ile uslanma söz konusu olamadığı gibi çocuk kendisine karşı işlenen suçların da ayırımına varamaz. Bu gelişim sürecinin kanunlar tarafından ortak değerlendirme kriteri yaş olmaktadır.

### 5.2. Ruhsal Durum:

Kişinin herhangi bir akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı içinde bulunmadığının saptanması önemli bir adli psikiyatrik sorundur. Akıl hastalıkları veya zayıflığının saptanması bir uzmanlık gerektirmekte ise de; yargı bu durumun belirlenmesi amacıyla zaman zaman uzmanlığı olmayan hekimleri de bilirkişi olarak atayabilmektedir. Böyle bir durumda hekimler verileri sağlıklı olarak değerlendirebilmek için ayrıntılı bir psikiyatrik muayene yapmalı ve tüm bulguları kaydetmelidir. Ancak bununla birlikte kesin bir kaniya varmak yerine bir uzmanın görüşünü istemek; yasal yönden herhangi bir sakınca doğurmayacağı gibi adaletin sağlıklı işlemesi için de daha yararlı olacaktır.

34 Ümit BİÇER, İ. Hamit HANCI, Adli Psikiyatri, Türk Tabipler Birliği (TTB) Birinci Basamak İçin Adli Tıp internet sitesi, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/8.html>, Erişim tarihi: 18.04.2011.

### 5.3. Tıbbi ve Kriminal Öykü:

Kişilerin daha önce geçirmiş oldukları hastalıklar ve işlemiş oldukları suçlar bir adli psikiyatrik değerlendirmenin yapı taşlarıdır. Bazı psikiyatrik hastalıklar dönemsel olarak ortaya çıkmakta ve bu dönemlerin dışında kişi sağlıklı bir yaşam sürdürebilmektedir. Olay sırasında kişinin böyle bir durum içinde olup olmadığı ancak ayrıntılı bir anamnezle (hastalık geçmişi) ve kişinin daha önceki tıbbi dosyalarının değerlendirilmesiyle anlaşılabilir. Ayrıca kişilerin işlemiş olduğu suçlar ve özellikleri; olay hakkında aydınlatıcı ipuçları verebildiği gibi, bir madde kullanımının alışkanlık veya bağımlılık düzeyinde olup olmadığı yorumlanması sırasında da önem taşıyabilir.

### 5.4. Tahrik:

Duygusal toleransa bağlı olarak, kişiler yaşadığı sıkıntı veya olaylara değişik tepkiler gösterebilir. Tahrik olarak tanımlanan ve hakimın takdirine bırakılan bu konu (TCK'nın 61.maddesi), çeşitli yazarlar tarafından adli psikiyatrik değerlendirmenin bir boyutu olarak yorumlanmaktadır. DSM<sup>35</sup> ve Dünya Sağlık Örgütü'nün ICD<sup>36</sup> sınıflamalarında yer alan; travmatik süreçlerin neden olduğu ve değişik boyutlarda psikiyatrik bozukluklara yol açan stres reaksiyonları bu yorumu güçlendirmektedir. Fizyolojik süreçte yer alan uyarı-yanıt ilişkisi, suçla sonuçlanan olayın özelliği, süresi, şiddeti ve tekrarı yönünden insan organizmasında bir yanıt yaratır. Olayın yaratmış olduğu duygusal yıkım sonucunda kişinin vermiş olduğu tepki, kısacası bir suçta tahrik'in varlığı ancak psikiyatrik açıdan sağlıklı olarak değerlendirilebilir<sup>37</sup>.

### 6. Adli Rapor:

Adli raporlar, kullanım amaçlarına ve sonuçlarına göre ikiye ayrılır<sup>38</sup>.

#### A. Kullanım Amaçlarına Göre;

35 DSM=Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders–Amerikan Psikiyatri Derneği (APA) tarafından ortak bir dil oluşturmak için yayınlanmış akıl hastalıkları sınıflandırmasıdır

36 ICD=International Classification of Diseases- Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından oluşturulan tüm hastalıkların sınıflandırılmasıdır.

37 Ümit BİÇER,İ.Hamit HANCI, Adli Psikiyatri, Türk Tabipler Birliği (TTB) Birinci Basamak İçin Adli Tıp internet sitesi, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/8.html>, Erişim tarihi: 18.04.2011.

38 Abdi ÖZASLAN, Adli Raporların Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar, İ.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri: Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48 •Şubat 2006 • s.185-192.

- 1- Yaralama Raporları (Darp Raporları),
- 2- Alkol Raporları,
- 3- Cinsel Suç Raporları,
- 4- Çocuğun, Küçüğün Ceza Sorumluluğu Raporları,
- 5- Fiil Ehliyeti Raporları,
- 6- Yaş Tayini Raporları,
- 7- Ceza Sorumluluk Raporları,
- 8- Yakalama ve Nezarethaneye Giriş Raporlarıdır.

**B. Sonuçlarına Göre;****1- Geçici Raporlar:**

Adli olgunun değerlendirilmesi için hekimin eğitimi, ve deneyimi yeterli olmayıp, bir uzmanın görüşüne ihtiyaç duyulur ise, adli olgunun değerlendirilmesi için süreç isteyen tetkikler gerekli ise veya travmanın belirtileri tamamen ortaya çıkmamışsa bu rapor düzenlenir (Genel Adli Muayene Raporu standart formu bu amaçla doldurulur).

**2- Kati Raporlar:**

Muayene sonucunda kesin rapor verme kriterleri tamamlanmış ise bu durumda hekim muayene ettiği adli olguya kati rapor düzenler. Kati raporlar uygulamada genellikle savcılık veya mahkeme talimatı üzerine hazırlanmaktadır.

**3- Ek Raporlar:**

Hekimin raporunda belirttiği bazı hususlar ilgili taraflarca anlaşılabilir ya da yeterince açık olmadığı veya eksik olduğu düşünülür ise, dava sürecinde olayın boyutunu veya mahkemenin gidişatını değiştirecek nitelikte yeni tıbbi veriler ortaya çıkmış ise, ilgili hakim, savcı veya mahkeme hekiminden ek rapor talebinde bulunabilir.

**6.1. Adli Rapor Yazımında Dikkat Edilmesi Gereken Esaslar:**

Gözlenen psikiyatrik bulgular, daha sonra yapılan inceleme ve değerlendirmeler için yol gösterici özellikler taşıyabilir ve zaman zaman da bir adli psikiyatrik durumun çözülmesinde en değerli bulgu olabilir. Hekimlerin muayene sırasında saptadıkları bulguları ve kişinin ruhsal durumunu -istenmese dahi- ayrıntılı olarak raporlarına kaydetmeleri, yalnızca he-

kimliğin değil adaletin sağlıklı işlemesi için de oldukça önemlidir. Bilirkişi raporları kısa cümlelerle yazılmalıdır. Sunulan görüşler net bir şekilde ifade edilmiş olmalı, sebep-sonuç ilişkileri ve yorumları içermelidir. Raporlarda fazlalık bilgilerden kaçınılmalı, gramer ve yazım hatalarına dikkat edilmelidir. Bilirkişi olayla ilgili gerçekleri, elde ettiği bulguları, dayandığı kaynaklara göre açıklamalıdır. Mahkeme veya savcılıkça sorulara açık bir şekilde yanıt verir şekilde hazırlanmış olmalıdır<sup>39</sup>. Olgunun muayenesi, laboratuvar incelemesi ve konsültasyonlar sonucu elde edilen veriler değerlendirilerek öykü ile uyumlu olup olmadığı, var olabilecek uyumsuzlukların gizleme amaçlı olabilecek nitelikte bulunup bulunmadığı yorumlanmalı, bulgular ve saptanamayan değişimler, saptanamama nedenleri de tartışılmalıdır<sup>40</sup>.

## **6.2. Mağdur Hakkında Adli Rapor Hazırlanmasında Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar:**

Travma sonrası ortaya çıkan tepkiler farklı olabilmektedir. Bir çok insan yaşanan şiddetli deneyime karşı sanki hiç bir şey olmamış gibi hayatını bıraktığı yerden sürdürebilirken, ciddi psikiyatrik tablolara dek uzanan travma öyküleri de gözlenmektedir. Olaydan hemen sonra ilk bir ay içinde başlayan ve biten sorunlar bir ruhsal hastalık olarak görülmez. Bunların olağanüstü koşullara verilen olağan tepkiler olduğu kabul edilir. İlk altı ay içinde başlayanlara akut (kısa sürede başlayan) bozukluklar, altıncı aydan sonra başlayanlara ise gecikmiş başlangıçlar adı verilir. Ne zaman başlarsa başlasın altı aydan uzun süren tablolar süreğen (kronik) bozukluklar olarak sınıflandırılır. Bir travmanın oluşturduğu psikiyatrik bozukluklar müessir fiil kapsamında değerlendirileceğinden adli rapor düzenlerken psikiyatrik değerlendirme ve bulguların mutlaka rapora kaydedilmesi sağlanmalıdır.

Özellikle Post Travmatik Stres Bozukluğu (PTSB) belirtileri konusunda mağduru muayene eden hekimin dikkatli olması gerekmektedir. PTSD belirtileri: Kişi ya uyanıkken travmatik olayı tekrar tekrar hatırlar, ya da rüyalarda olayı tekrar yaşar. Bazı durumlarda kişi bir kaç saniyeden bir kaç saate kadar süren dissosiatif (kimlik, bellek, algı ve çevre ile il-

39 Nesrin ÖZKAYA. 2002-2006 Yılları Arasında Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunca Görüş Bildirilen Pediatrik Malpraktis İddiası İçeren Kararların İncelenmesi ve Tıbbi Hataların Tespiti, Yüksek Lisans Tezi, Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2008.

40 Şebnem KORUR FİNCANCI, Adli Olguya Yaklaşım "Audi Alterem Partem", İ.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri: Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48 •Şubat 2006 s.92-103.

gili duyumlarda bozukluk) durumlar yaşar. Kişi sürekli bir uyarılmışlık durumunda olup, sanki her an travmatik olay tekrarlayacakmış gibi ger-gindir. Uykuya dalmada veya uykuyu sürdürmekte zorluk, sıklıkla rast-lanan belirtilerendir. Kişi daha önce haz aldığı etkinliklerden uzaklaşır. Aile yaşamları ve evlilikleri bozulabilir. Kişi bu olumsuz duygularla baş edebilmek için; alkol, uyuşturucu madde veya sakinleştiricileri yoğun bir şekil de kullanabilir. Somatik (fiziksel) yakınmalar da oldukça sık görülen belirtilerendir<sup>41</sup>.

### III. SONUÇ

Bir suç ya da hukuksal bir işlem sırasında kişilerin irade, şuur ve hareket serbestisi ile olayları değerlendirip onlardan sağlıklı sonuçlara varabilme yeteneğinin sağlıklı olması gerekmektedir. Bu yeteneğin var olup olmadığı, kanunda belirtilen istisnalara girip girmediği ancak adli psikiyatrik değerlendirme ile mümkündür. Bu değerlendirmeyi de hukuk bilgileri ile takviye edilmiş, uzman hekimlerden talep etme gerekliliği ortadadır. Neticede hukuk, doğruyu bulmada disiplinler arası iş birliği ge-rektiren bir süreçtir.

#### KAYNAKÇA

1. Abdi ÖZASLAN, Adli Raporların Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar, İ.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri: Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48 •Şubat 2006 • s.185-192.
2. Celal Bayar Üniversitesi Adli Tıp Stajı Ders Notları, [http://www.psikolojikdanisma.net/adli\\_psikiyatri.htm](http://www.psikolojikdanisma.net/adli_psikiyatri.htm), Erişim Tarihi: 13.04.2011.
3. Faruk EREM., Hümanist Doktrin Açısından Ceza Hukuku, Sevinç Matbaası Ankara, 1980,s.473.
4. Fatih ÖNCÜ, Medeni Hukuk ve Adli Psikiyatri, Türk Psikiyatri Derneği (TPD) Adli Psikiyatri Bilimsel Çalışma Birimi, 2010 Adli Psikiyatri Uygulamaları. [http://78.189.53.61/-/upk/5/5\\_f\\_uncu.pdf](http://78.189.53.61/-/upk/5/5_f_uncu.pdf) Erişim Tarihi: 25.04.2011.
5. Lishman WA (1987) Epilepsy. Organic Psychiatry Second Edition, Blackwell Scientific Publication London. [http://books.google.com/books?hl=tr&lr=&id=Jsq-O12Ydo8C&oi=fnd&pg=PR11&dq=6.%09Lishman+WA+\(1987\)+Epilepsy.+Organic+Psychiatry+Second+Edition,+Blackwell+Scientific+Publication+London.&ots=\\_KAot02NFd&sig=G2taF4ZctsjuPsb4vgQSYaye4o#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com/books?hl=tr&lr=&id=Jsq-O12Ydo8C&oi=fnd&pg=PR11&dq=6.%09Lishman+WA+(1987)+Epilepsy.+Organic+Psychiatry+Second+Edition,+Blackwell+Scientific+Publication+London.&ots=_KAot02NFd&sig=G2taF4ZctsjuPsb4vgQSYaye4o#v=onepage&q&f=false) Erişim Tarihi: 15.06.2011.
6. Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,. C. II/1, İstanbul, 1986, s. 845.
7. Tahir TANER, Ceza Hukuku, İstanbul, 1949, s.384-5.

41 Tamer ŞUER, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Medikal Açından Stres ve Çareleri, Sempozyum Dizisi No: 47, Aralık 2005, s.205-210.

8. Tamer ŞUER, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Medikal Açından Stres ve Çareleri, Sempozyum Dizisi No: 47, Aralık 2005, s.205-210.
9. 10.09.1982 Tarih ve 8/5819 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilen Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, RG. Tarihi: 13 Ocak 1983, RG.Sayısı :17927, değişiklik 05 Mayıs 2005 Tarihli ve 25806 Sayılı RG.
10. 04/12/2004 Tarihli, 5271 Sayılı, Ceza Muhakemesi Kanunu, RG. Tarihi 17/12/2004, RG. Sayısı : 25673.
11. 13.12.2004 Tarihli 5275 Sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, RG.Tarihi : 29/12/2004, RG. Sayısı : 25685.
12. 7.11.1979 Tarihli 2253 Sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu (mülga), RG. Tarih: 21/11/1979 RG. Sayısı: 16816.
13. 03/07/2005 Tarihli 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu, RG. Tarihi : 15/07/2005, RG. Sayısı : 25876.
14. 26/09/2004 Tarihli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, RG. Tarih: 12/10/2004, RG. Sayısı: 25611.
15. 22/11/2001 Tarihli 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, RG. Tarihi: 8/12/2001, RG. Sayısı : 24607.
16. 01/03/1926 Tarihli 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu (Mülga), Resmi Gazete Tarih: 13/03/1926, Resmi Gazete Sayısı:320.
17. T.C. Yargıtay 1. Ceza Dairesi. E. 2007/8615. K. 2008/453. T. 30.1.2008. Erişim Yeri: Kazancı Hukuk Otomasyon Programı.
18. T.C. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2003/5853, K. 2003/6497, T. 3.11.2003. Erişim Yeri: Kazancı Hukuk Otomasyon Programı.
19. T.C. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2005/8926, K. 2006/1597, T. 9.3.2006. Erişim Yeri: Kazancı Hukuk Otomasyon Programı.
20. T.C. Yargıtay 9. Ceza Dairesi E. 2008/6230 K. 2009/1 T. 30.12.2008. Erişim Yeri: Kazancı Hukuk Otomasyon Programı.
21. Uğur ALACAKAPTAN, Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından No. 163, Ajans-Türk Matbaası, Ankara,1961, s.193.
22. Uğur ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları No:372, Sevinç Matbaası, Ankara,1975.
23. Ümit BİÇER,İ. Hamit HANCI, Adli Psikiyatri, Türk Tabipler Birliği (TTB) Birinci Basamak İçin Adli Tıp internet sitesi, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/8.html>, Erişim tarihi: 18.04.2011.
24. Yeni TCK madde gerekçeleri, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 14.04.2011.
25. Yeşim CAN, Mustafa SERCAN, Ömer SAATÇİOĞLU, Hüseyin SOYSAL, Niyazi UYGUR, Hukuki Ehliyeti Değerlendirme Formu (HEDEF) Geçerlilik, Güvenilirlik ve Duyarlılığı, Klinik Psikiyatri 2006;9:5-16.

# **İŞKENCE VE HEKİM RAPORLARI, TUTUKLU VE HÜKÜMLÜNÜN SAĞLIK HAKKI, CEZAEVLERİNDEKİ AÇLIK GREVLERİNE MÜDAHALE BAKIMINDAN HEKİMİN DURUMU CEZA HUKUKU AÇISINDAN KONUYA BAKIŞ**

**Av. Yeter KILIÇ**

“Yaratmak direnmektir, direnmek yaratmaktır.”

Stephane Hessel

## **I.İŞKENCE VE HEKİM RAPORLARI**

İşkence, bir veya birden çok kişi üzerinde kasıtlı olarak yapılan ve o kişi veya kişilerden veya üçüncü bir kişiden bilgi edinmek yahut gerçekleştirdiğinden şüphelenilen eylemden ötürü onu veya onları cezalandırmak ya da o kişiyi ya da üçüncü kişiyi korkutmak yahut yıldırma gibi amaçlarla veya ayrımcılığın herhangi bir türüne dayanan herhangi bir nedenle, bir kamu görevlisi (polis) veya resmi sıfatla hareket edecek bir başka kişi tarafından bizzat yahut bu kişilerin teşviki veya rızası yahut bu eylemlerin onaylanmaları suretiyle yapılan fiziksel veya psikolojik olarak ağır acı ve ıstırap veren eylemlerin bütünüdür. İnsanların ortak düşüncesinde işkence yasağı, Modern İnsan Hakları Hukuku'nda da en temel kuralı oluşturur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin<sup>1</sup> işkenceyi yasaklayan 3.maddesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden birini koruduğunu, bu nedenle olağanüstü durumlar dâhil olmak üzere hiçbir istisnayı kabul etmediğini görürüz. İşkence ve kötü muamele varsa insan haklarından söz edilemez. Ayrıca insanlığın ortak değeri olan işkence yasağı, insanlık onurunu koruyarak tüm devletlere yükümlülükler (ödevler) getirmektedir.<sup>2</sup> Gerçekten de bu yasak evrensel ve bölgesel temel insan hakları metinlerinde tanınarak koruma altına alınmıştır.<sup>3</sup> İşkence yasağı Uluslararası Hukuk'da

1 İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi; R.G. 19 Mart 1954, S. 8662.

2 Gülmez, Mesut, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması (İşkence ve Başka Zalimce, İnsanlık dışı, Ya da Onur Kırıcı Ceza Ya da Davranışlara Karşı Sözleşme Ve Koruma Yöntemleri), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1.Baskı, 2004 Mayıs, S.277

3 Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan Hakları Şartı ile İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Korumaya dair Avrupa Sözleşmesi. Ayrıca bkz. Article

normlar hiyerarşisi bakımından üstün kural niteliğini kazanmıştır. Koruduğu değerler açısından işkence yasağı; Buyruk Kural (Jus Cogens) olarak tanınmış Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi'nden ve Teamül Hukuk'dan kaynaklanan kurallar karşısında hiyerarşik bir üstünlüğe sahip olmuştur. Bir başka deyişle; İşkence yasağı, uluslararası toplumun mutlak kural olarak tanıdığı, hiçbir istisnası olmayan temel ilkedir.<sup>4</sup>

1987 yılında Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Avrupa İşkence Önleme Sözleşmesi'yle ardından Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (CPT) kurulmuştur. Komite, sözleşmeyi imzalayan devletlerdeki her türlü alıkonulma yerine habersiz ziyaret yapma, bu yerdeki her türlü bina ve eklentiye gezme, belirlediği kişilerle kimsenin duymayacağı ve görmeyeceği şekilde görüşme olanağına sahiptir. Yine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 2002 yılında kabul edilerek 2006 yılında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşmesi'ne ek seçmeli protokoldür. Seçmeli Protokol, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi'ne benzer şekilde yetkilere sahip Uluslararası Alt Komite (JAT) kurulmasını öngörmektedir.<sup>5</sup>

İşkencenin uluslararası hukuktaki tanımına İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 1.maddesinde ve iç hukuktaki tanımına ise TCK'nın 94. maddesinde yer verilmektedir. İşkenceye Karşı Sözleşmesi'ndeki tanıma göre; eylemin işkence sayılması için eylemin bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya bu kişilerin onayı ile yapılması ve maddelerde de sayılan kasıtlardan birini gerçekleştirilmesi gerekir. Ayrıca TCK'da da işkence sayılması için kasıt unsuru aranmaktadır. TCK'ya göre; bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine algılama veya ifade yeteneğinin etkilenmesine aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezası hükmolünür. "İşkence yasağı tüm evrensel ve bölgesel temel insan hakları sözleşme ve metinlerinde tanımlanarak koruma altına alınmıştır."<sup>6</sup> Öte yandan, işken-

37. Of the Convention on the Rights of the Child, G.A. res.44/25,annex 44 UN GAOR Supp.(No:49) at.167, UN Doc. A/44/49 (1989),entered info force sept.2,1990,Article 10 of the International Convention of the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, G.A. res. 45/158,annex, 45 UN GAOR (1990) Intered into Force July 1, 2003; and Article 15 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, G.A. res. A/61/611 (2006).

4 Proseclar V. Furundzija. para. 153 ve ayrıca Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, m. 53, may 23,1969, 1155 U.N.T.S. 331, 8 International Legal Meterials 679 (1969).

5 Önen Yavuz, İşkenceyi önlemede Ortak Akıl, İşkenceyi Önlemede Ortak Akıl'ın Önsözü, İşkenceyi önleme .rar.rar,5m, 09/14/09 83 downloads.

6 Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi; Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme;



ceye karşı korumayı ulusal düzeyde sağlamak ve güçlendirmek için birden çok organ kurulması, işkenceyi anında ve yerinde önlemek açısından oldukça faydalıdır. Ayrıca işkence yasağı alanındaki asıl sorumluluğun devletlere bırakılması<sup>7</sup> ise bu süreçlerin doğal sonucudur. Böylece koruduğu değerler karşısında, işkence yasağı “Buyruk Kural (Jus Cogens)” olarak tanımlanmış, Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve ayrıca Teamül Hukuku’ndan kaynaklanan kurallar karşısında üstünlüğe sahip olmuştur; böylece işkence yasağı uluslararası toplumun mutlak bağlayıcı bir kural olarak tanıdığı, hiçbir istisnayı kabul etmeyen temel ilkedir.<sup>8</sup>

Konuyla ilgili ayrıca İşkenceye Karşı Sözleşme’nin 17.maddesi uyarınca; “İşkenceye Karşı Komite” kurulmuştur. Yine Uluslararası hukukta; İşkence yasağının devletlere yükledikleri sorumluluklar vardır; bunlar esasa ilişkin (subsantative) görevidir. İşkence eylemlerini ajanları aracılığıyla işlenmesini hoş görmemesi gerekir. Devletin işkencenin hiç gerçekleşmemesi için yasal ve yapısal düzenlemeleri gerçekleştirmesi gerekir. Bunlara rağmen işkence meydana geldiğinde, doğruluğunu araştırıp, yaptırım ve giderim mekanizmalarının uygulaması gerekir. “İşkence ve kötü muameleler kaçınılmaz olarak psikolojik süreçler içerir sadece fiziksel olup ruhsal bileşen içermeyen işkence yöntemi yoktur.”<sup>9</sup>

Konuyla ilgili AİHM’nin 27 Haziran 2000, Başvuru No.21986/93, paragraf 114-115 verdiği kararlardan biri olan Salman/Türkiye olayında; “...kötü muamelenin türü ve derecesi (falaka ve göğse vurulan darbe) ve bu fiillerin Agit Salman’ın PKK faaliyetlerine katıldığı şüpheli ile sorgulandığı sırada gerçekleştiğine işaret eden güçlü delilleri dikkate alarak Mahkeme, bu fiillerin işkence olarak nitelendirilebilecek kadar şiddetli ve acımasız acı içerdğine hükmetmiştir.”<sup>10</sup>

---

İşkence ve Diğer Zalimane; İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi; Afrika İnsan ve Hakların Hakkı Şartı ile İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi. Ayrıca bkz. Article 37 of Convention on the Rights of the Child.

- 7 Gülmez, Mesut, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması ( İşkence ve Başka Zalimce, İnsanlık Dışı, ya da Onur Kırıcı Ceza ya da Davranışlara Karşı Sözleşme ve Koruma Yöntemleri ), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1.Baskı, 2004 Mayıs, S. 302.
- 8- Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, mad.53, May 23, 1155 U.N.T.S. 331, 8 International Legal Materials 679 (1969).
- 9 Arıcan, Nadir; Baykal, Türkan; Korur, Fincancı, Şebnem; Özkalıpçı, Önder; Berber, Mehmet, Sezai; Tecer, Alper; Ünüvar, İşkence için Tıbbi Değerlendirme El Kitabı, Türk Tabipler Birliği, 1. Baskı, 19 Şubat 2009, S. 59.
- 10 Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Şen Matbaa-Ankara, 2003 Kasım, S. 68-69.

AİHS'nin devletlerin Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğünde 1.madde de, AİHM tarafından da geliştirilmiştir.<sup>11</sup> Bunlar beş grupta sınıflandırılabilir.

**1-** Hakların etkin korunması için uygun bir hukuksal çerçeve oluşturma ödevi,

**2-** Hakların ihlalinin önleme ödevi,

**3-** Hakların ihlaline ilişkin bilgi ve tavsiye sağlama ödevi,

**4-** Hak ihlallerine karşı harekete geçme ödevi,

**5-** Bireylere hak ihlallerini önlemek için kaynak sağlama ödevi.<sup>12</sup>

Konuyla ilgili ayrıca İstanbul Protokolü bulunmaktadır. Ancak İstanbul Protokolü'nün Uluslararası Hukuk da değeri; Protokol, Uluslararası bir sözleşme değildir. İstanbul Protokolü İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkin Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi Hakkında İlkeler (İstanbul İlkeleri) olarak, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu ve Genel Kurulu kararıyla kabul edilmiştir. <sup>13</sup> Ayrıca Türkiye'ye yönelik tavsiyeleri arasında "Muayenede dikkat edilmesi gereken hususlar hakkında raporda ve hazırlama sürecinden önce tıp personelinin bu konular hakkında eğitilmesi gerekir."<sup>14</sup> TC Anayasası'nın 90. maddesine 2004 yılı Mayıs ayında yeni bir cümle eklenerek<sup>15</sup> yeni sorunlar da gündeminde barındırmakla birlikte<sup>16</sup> İnsan Hakları Sözleşmesi Kanun Çatışması ihtimalinde hangi kuralın tercih edileceği netleşmiştir. Yeni kural şu şekilde belirtilmiştir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."

11 Gemalmaz, M. Semih, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(madde 3 İşkence yasağı) Analizi, AİHM içtihadına ilişkin bkz.2007.

12 European Human Rights Law, Londra, p.197.

13 Genel Kurul Kararı, 55/89.

14 Meksika'ya yönelik yürütülen soruşturma süreci, CAT article 20 Examination Re: systematic torture, Cat A/58/43/2003.

15 07.05.2004 günü 5170 sayılı Anayasa'sının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, RG. 22.05.2004-25469.

16 Necmi Yüzbaşıoğlu, "Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90. maddesine eklenen hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme ", Bülent Tanör Armağanı, (Legal İstanbul)s.785;Mesut Gülmez, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması",TBB (yayınları Haziran), İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (TBB yayını, Ankara), S.38; Kemal Gözler, Milletlerarası Antlaşmalara Kanun üstü Bir Değer Tanınabilir Mi (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri), www.anayasa.gen.tr/madde90.htm.

Anayasamızın 90.maddesinin son fıkrasına göre; “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlarla ilgili olarak Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.” Yargıtay CGK’nın 12.03.1996 gün ve 2/33 sayılı kararında da aynı şekilde kabul edilmiştir. Yasa koyucu 07.05.2004 gün 5170/7 sayılı Kanun ile de aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkacak uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır. Konuyla ilgili Yargıtay CGK, 2005/7-24 E.,2005/56K. Sayılı ve 24.05.2005 günlü kararı ve yine konuyla ilgili Yargıtay 1.HD, 2007/5574 E.,2007/9733K. Sayılı ve 10.10.2007 günlü şeklindeki kararları da mevcuttur.<sup>17</sup>

Hekim Raporlarında;

Konuyla ilgili tüm sağlık personellerinin mesleki bağımsızlıklarından ödün vermeden çalışmaları son derece önemli bir ilkedir. Özellikle de hekimlerin raporları gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayacak yapıtaşlarıdır. Bu yüzden hekimlerin, kötü muamele delillerini açıkça ortaya koyarak tarafsız bir şekilde raporlarını hazırlamaları gerekmektedir. Yakın zamanda Osman Karademir/Türkiye, davasında; başvuru güvenlik görevlilerinin doktorla muayene öncesi özel olarak görüşmek suretiyle kendisine yapılan kötü muameleye ilişkin iddiaların tıbbi rapora girmesinin engellendiğini öne sürmüştür. Mahkeme işkence ve kötü muamele soruşturmasında yer alan tıp doktorlarının her zaman yüksek etik ölçütlerine göre hareket etmeleri gerektiğini, muayenenin doktorların kontrolünde, güvenlik görevlilerinin ve diğer devlet görevlilerinin bulunmadığı bir ortamda gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>18</sup>

Yine konuyla ilgili PVSK’nın 13. maddesine göre; “...yakalananlar ve haklarında soruşturma yapılacak olan şüpheli ve sanıkların, yakalanma anındaki sağlık durumları doktor raporuyla tespit edilir. Haklarında ıslah veya tedavi tedbiri alınması gerekenler, ilgili kurum yetkilileri tarafından teslim alınır.” Şeklinde açıklama da bulunmaktadır. Ancak “Otoriter ilişkilerin bulunduğu toplumlarda Türkiye de dâhil olmak üzere şiddet öğreniliyor.”<sup>19</sup> Türkiye’nin her yerinde yaşanan şiddetin ve ülkenin gidişatın derecesine göre insanların davranışlarını etkileyerek onlara boyun eğdirdiği<sup>20</sup> görülmektedir. Türkiye’nin her yerinde şiddet mağduru insan-

17 Dominant Hukuk Yayınları, Dominant İçtihat ve Mevzuat’tan alınmıştır.

18 Osman Karademir / Türkiye, No:30009/03, 22.07.2008, para.53.([www.okumagrubu.com/haber-detay.asp?haberID=696](http://www.okumagrubu.com/haber-detay.asp?haberID=696)’dan alıntı).

19 Değirmencioglu, Serdar M., Şiddet Mağdurları, İstanbul Barosu Yayınları, Hayvan Hakları Komisyonu Toplumsal Şiddet Raporu 2009, 2 Mayıs 2009, S. 26.

20 Değirmencioglu, Serdar M., Şiddet Mağdurları, İstanbul Barosu Yayınları, Hayvan

lar bulunmaktadır. Mağdur olan kişiler içinde kadınlar ve çocuklar da bulunmaktadır. Oysa yaşam hakkının ayrılmaz bir parçası olan sağlık hakkı düşünüldüğünde; “Tüm tıbbi ve psikolojik muayene ve değerlendirme süreçlerinde dahi “ primum non nocere (önce zarar verme) temel prensibine sadık kalınması”<sup>21</sup> esas olarak alınmaktadır.

Hekimler özellikle, işkence iddia edilen vakalarda, ilk muayene de “ciltte lezyon saptanmadığında, muayene bir veya birkaç gün sonra tekrar yapılmalıdır<sup>22</sup>; çünkü işkence yapılan bölgede hassasiyet vardır. Ayrıca kanama başlangıçta ciltte görülmez, yüzeyselleşmeden de kaybolabilir.<sup>23</sup> Özellikle muayenede birçok konuya dikkat edilmeli ve hekimler ona göre rapor verilmelidir. Göğüs ve karın muayenelerinde ; “havasız bırakma girişimleri hiçbir iz bırakmayabilir, komplikasyonların yanı sıra akut ve kronik solunum sorunlarına yol açabilir<sup>24</sup>.Yine organ hasarı araştırması sırasında serbest hava, ekstraluminal sıvı veya düşük aktivasyon gösteren alanlar ödem(şişlik), konfüzyon(ezilme), hemoraji (kanama) ve laserasyon(kesik) belirtisini anımsatmalı ve genital muayene, hastadan ek onam alınarak yapılmalıdır. Cinsel saldırılarda hiçbir fiziksel bulguya rastlanmayacağı<sup>25</sup> da unutulmaması gereken önemli konulardan biridir. Ayrıca bir ateşli silah yaralaması, gaz bombası veya kimyasallara maruz kalan kişilerin giysilerinin yıkanmadan olduğu gibi korunması eğer ıslaksa kurutulduktan sonra kâğıt torbalarda özenle saklanarak savcılığa bildirilmesi <sup>26</sup> gereken önemli konulardan biridir. Bunların dışında dikkat edilmesi gereken önemli hususlardan biri de; İşkencenin tıbbi olarak belgelenmesinde lezyonların fotoğraflanması önem kazanmaktadır. Fotoğraflanmanın yararları ve muhtemel zararları konusunda, ilgili kişi bilgilendirilerek onamı alınmalıdır. Şahıs fotoğrafının çekilmesini reddederse imzası alınarak belgelenmelidir. Olası yararları anlatılmasına rağmen, şahıs fotoğrafının çekilmesini reddederse bu durum yazılı olarak<sup>27</sup> belirtilmelidir. Bunların dışında kişinin vücudunda herhangi bir lezyon saptanmadığında da fotoğrafı yapılmalıdır. Bu “işkence iddiasında bulunan kişinin yanı sıra “muayene eden kişinin de” kendini koruması

Hakları Komisyonu Toplumsal Şiddet Raporu 2009, 2 Mayıs 2009,S. 26.

21 Arıcan, Nadir; Baykal, Türkan; Korur Fincancı, Şebnem; Özkalıpçı, Önder; Berber, Mehmet Sezai; Tecer Alper; Ünüvar, Ümit, İşkence için Tıbbi Değerlendirme El Kitabı, Türk Tabipler Birliği, 1. Baskı,19 Şubat 2009, S.7.

22 Arıcan, Nadir, S.19.

23 Arıcan, Nadir, S.19.

24 Arıcan, Nadir, S. 19.

25 Arıcan, Nadir, S. 19.

26 Arıcan, Nadir, S. 32.

27 Arıcan, Nadir, S.53.

açısından oldukça” önemlidir. Unutulmamalıdır ki işkence iddiaları ile ilgili mahkeme süreçleri uzun yıllar devam etmekte ve verilen kararlar da bu süreç içerisinde anlamını yitirmektedir. Bu nedenle “En kötü fotoğraf bile hiç çekilmemiş fotoğraftan iyidir.”<sup>28</sup> şeklindeki açıklama da göz önüne alınmalıdır<sup>29</sup>.

**“Şiddetin umuda sırt çevirdiğini anlamak gerekir.**

**Umudu şiddete tercih etmek gerekir.”**

**Stephane Hessel**

## **II. TUTUKLU VE HÜKÜMLÜNÜN SAĞLIK HAKKI**

İşkence ve diğer zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamelelere en çok başvurulduğu süreç genellikle kolluk güçlerinin gözaltı süresinde meydana geldiği gözlemlenmiştir. Gözaltına alınan bir kişiyle, görüşmeye giden avukatı bile görüşme sırasında sorun yaşanmaktadır. Oysa görüşme hakkı aynı zamanda bir savunma hakkının parçasıdır. Koruma tedbirleri, ceza muhakemesi yapılabilir; buradaki amaç, yargılama süresince verilecek hükmün yerine getirilebilirliğini güvence altına almaktır. Delillere ulaşmak ve delillerin karartılmasını önlemek, şüpheli veya sanığın yargılama sırasında veya hükmün infazı için bu tedbirlere başvurulabilir. Bu tedbirler, bazı temel hak ve özgürlüklere geçici müdahaleyi gerektirir. TC. Anayasası’nın 19. maddesinde kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ancak kısıtlanabilir hali açıklanmıştır. TC. Anayasası’nın 13. maddesinde; “*Temel hak ve özgürlükler yasal dayanak olmadan kısıtlanamaz*” der. Ayrıca Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 9. maddesi “*Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebeplere ve usule uygun olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.*” der. Yine AİHS’nin 5. maddesi de “*Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır ve sözleşme ile yasada belirtilen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz*” diyerek alınacak tedbirlerin belli kurallara dikkat edilerek yapılmasını açıkça belirtilmektedir.

### **AİHS’de Belirtilen Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğinin Kısıtlanması Halleri:**

**1-** Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi,

**2-** Bu mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara

28 Arıcan, Nadir, S.54.

29 Arıcan, Nadir, S.54.

riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması,

**3-** Bir suç işlediği hakkından geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suç işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenleri bulunması dolayısıyla bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması,

**4-** Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için, usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması,

**5-** Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması,

**6-** Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işlerinin yürütülmesinde olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması.

Ayrıca CMK'nın 100. maddesi ve verilmesi gereken ceza veya güvenlik tedbiri ile orantılı olarak tutuklama tedbirleriyle sınırlandırılmasına karar verilebilir. Konuyla ilgili yine AİHM'de de kişi özgürlüğüne getirilecek sınırlamada devletin sınırsız yetkiye sahip olamadığını belirtmektedir. Uzun süre gözaltında tutulan kişi avukata, hekime veya bir yakınına ulaşmadan tutulması sözleşmenin 15. maddesi uyarınca "Aykırı önlem alma" bildirim, olsa bile sözleşmeye aykırı olarak kabul edilecektir. Terörle Mücadele Yasası'nın 5532 sayılı yasayla değişik 10. maddenin b bendine göre; şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı yirmi dört saat süre ile sınırlandırılabilir ancak bu madde bir sınırlandırma hükmü olarak anlaşılmalı, İstisnailik İlkesine ise aykırılık oluşturmaktadır. Bu önleme ancak zorunlu durumlarda ve gerekçeli olarak başvurulabilir. Söz konusu bu durum göz önüne alındığında kolluk güçlerinin, gözaltı süresinde kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı dönemde, delile ulaşmak için, baskı araçlarını kullanma durumu kovuşturma süresinden çok daha fazla olmaktadır. Bu nedenle işkence yaşağının yaşama geçirilmesinde koruma tedbirlerinin kontrolüne yönelik hukuksal araçlar oldukça önemlidir. Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi de konuya şöyle yaklaşmaktadır; "Kişinin gözaltı

durumunu istediği bir üçüncü kişiye bildirme, avukata erişim ve istediği bir doktor tarafından tıbbi muayene haklarını, kişilerin işkence ve kötü muameleyle karşı korunmasında temel hak olarak belirtilmektedir.<sup>30</sup> Ayrıca Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı İnsan Hakları Komitesi'nin aynı yönde yorumu içinde 20. madde bulunmaktadır. Yine PVSK'nın 13. maddesinde; Adli yakalamaya ilişkin düzenlemeler mevcuttur. TC. Anayasası'nın 19. maddesi'nde yakalama sebeplerinin yakalanan kişiye derhal bildirilmesini belirtmiştir. Ayrıca AİHS'nin 5. maddesinin 2. fıkrasına göre; her kişiye yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda bildirilmeli ve ayrıca en kısa zamanda anladığı dille anlatılmalıdır. Yine yakalama işlemi bir tutanak haline getirilir. Bu tutanakta; hangi suç nedeniyle hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı hangi kolluk mensubunca tespit edildiği, haklarının tam olarak anlatıldığı açıkça yazılır, bu tutanağın bir sureti gözaltına alınan kişiye verilir. Bu kişiye haklarının yazılı olarak bildirildiği ve kendisi tarafından da bu hususun anlaşıldığını belirten bu yönetmeliğe ekli "Yakalama ve Gözaltına Alma Tutanağı Şüpheli ve Sanık Hakları Formu" tanzim edilerek imzalı bir örneği de şüpheliye verilir. Bu durumun aksi oluştuğunda ise; şüpheli veya sanığa haklarının hatırlanmaması, Temyiz Hükümleri halen uygulanan 1412 sayılı CMK 307.ve 308. maddelerine aykırılık teşkil etmekte<sup>31</sup> ve CMK'nın 141. maddesine göre tazminat sorumluluğu doğurmaktadır.

İnfaz Kurumuna alınan tutuklu ve hükümlüleri ise; kuruma alındığında doktor muayene eder. Muayeneye dair raporun bir sureti kişilerin sağlık dosyalarına konur. Bulaşıcı herhangi bir hastalık varsa diğer hükümlü veya tutuklularla bulaşmaması için gerekli olan önlemler alınarak<sup>32</sup> gerekli olan işlemler yapılır. Konuyla ilgili ayrıca, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi "Avrupa Cezaevi Kuralları" başlıklı (87)3 No'lu Tavsiye Kararı'nın 24. maddesine göre; "Doktor, tutuklunun tutuk evine alınmasını izleyen en kısa sürede ve daha sonra da gerekli olduğu her zaman, her tutukluyu, özellikle fiziki ya da zihinsel bir hastalığı olup olmadığını ortaya çıkarmak ve mikrobik ya da bulaşıcı hastalığı olanları ayırmak için

30 Avrupa İşkence Önleme Komitesi, 2.Genel Rapordan alıntı (CPT/Inf(93)3), Paragraf. 36.

31 Sanığa suç işlediği tarihten hüküm verilinceye kadar herhangi bir aşama da CMK'nın 135. maddesinde yazılı hakların hatırlanmaması gereği... Yargıtay 1.CD,1995/2249 E.,1995/3008 K.Sayı kararı; CMK'nın 135. maddesinde yasal hakların hatırlanmaması yönünde ki usule aykırılığın giderilmesi ve sonucuna göre delillerin değerlendirilmesi gerekirken aksi karar verilmesi... Yargıtay 1.CD.2002/10500E.,2002/10360 K.Sayı kararları bulunmaktadır.

32 Oktay, Ekinci, Bakırköy Cumhuriyet Savcısı, İnfaz Hukuku, İstanbul 2008, S.124.

gerekli önlemleri almak, sınıflandırmaya engel olabilecek nitelikte fiziki ya da akli bozukluklar ortaya çıkarmak ve her tutuklunun çalışma kapasitesini belirlemek amacıyla muayene etmelidir. Yine aynı tavsiye kararının konuyla ilgili 25. maddesinde de; “Doktor, tutukluların fizik ve zihin bakımından sağlıklarını kontrol etmekle yükümlüdür. Doktor koşullara göre ve sağlık sorunlarının gerektirdiği aralıklarla, bütün tutuklu hastalara, hastalıklarından şikâyet edenlere ve dikkatini özellikle çeken bütün hastalara bakmak<sup>33</sup> zorundadır.” şeklinde açıklanmıştır.

Tıbbi müdahalelerin, kişinin vücudu üzerinde gerçekleşmesi nedeniyle sağlık ve yaşama hakkı ile ayrılmaz bir ilişki içindedir.<sup>34</sup> Ülkemizde ise genel olarak konuyla ilgili, mevzuatımızda tutukluların hak ve yükümlülükleri, Uluslararası İnsan Hakları esas alınarak belirlenmiş ve 5275 sayılı CGTİHK'nın 114. ve 116. maddeleriyle açıklanmıştır. Aynı yasanın 116. maddesinde “...muayene ve tedavi istekleri hükümlülerin beslenmesi iyileştirme programlarının belirlenmesi, hükümlülerin sayısı ve uygulanacak güvenlik tedbirleri, eğitim programları, öğretimden yararlanma, muayene ve tedavileri, denetimi, hastaneye sevk, infazı engelleyecek hastalık hali, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmeleri, ziyaret, yabancı hükümlüleri ziyaret ve görüşmelerinde uygulanacak esaslar, beden eğitimi, kütüphane ve diğer konularda 9, 16, 21, 22, 26 ile 28, 34 ve 53, 55, 62, 66, 76, 78, 84 ve 86 ve 88. maddelerinde düzenlenmiş hükümlülerin tutukluluk haliyle uzlaşır nitelikte olanları tutuklular hakkında da <sup>35</sup> uygun olduğunda uygulanmaktadır. Yine konuyla ilgili avukatın veya avukatların “ kişinin hastaneye nakli ” koşulları bulunması durumunda, kişinin muayene sırasında avukatın veya avukatların hazır bulunmasının yanı sıra; yer gösterme, yüzleştirme vb. usul işlemleri, kişinin birim değiştirmesi ve başka bir yere sevk işlemleri sırasında da kişinin avukat talep etme hakkı olmalıdır. Avukatla görüşme tam bir gizlilik içinde yürütülmeli, kamu görevlileri tarafından dinlenip izlenmemelidir. Konuyla ilgili aksi bir durum söz konusu olduğunda bu durum hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Yine zorunlu olarak her cezaevinde mutlaka bir doktor<sup>36</sup> bulunmalıdır. Cezaevlerinde ki koşullar yaşam koşullarıyla

33 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Avrupa Cezaevi Kuralları, 87/3 Nolu Tavsiye Kuralları.

34 Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:768, Hukuk Fakültesi Yayınları No:391, Sermet Matbaası, İstanbul 1972, S.144.

35 08.08.2011 günü ve 650 sayılı KHK'nin 30.maddesiyle, bu fıkrada yer alan “78 ila 84 ve 86 ila 88” ibaresi “78 ila 88” şeklinde değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

36 5275 Sayılı Kanun'un 2.maddesinin 2.bendinde; “Cezaevi koşulları ek bir kısıtlama yeri olamaz” demektedir. İnfaz Kanunu 119.maddeleri ve belirtilen diğer maddelerde



uyumlu olmalıdır ancak cezaevlerinde ki koşullar yaşam koşullarına uygun olmadığı için avukatların AİHM'nin 3. maddesinin ihlaline dayanarak dava açma hakları oluşmaktadır. Ayrıca konuyla ilgili bir olay da; 28 Nisan 2011 günü öğrenildi. Söz konusu olay; Batman M tipi Kapalı Cezaevinde Yüksek Seçim Kurulunun Bağımsız Milletvekili Adaylarına Yönelik Kararı'nı protesto etmek amacıyla açlık grevi yapan tutuklu ve hükümlülere üçer ay açık görüşe çıkılmama cezası verildi.<sup>37</sup> Yine acil durumlarda, hasta tutuklunun uygun bir sağlık kurumuna sevkinin zamanında sağlanamaması yüzünden ölümler ve başka ağır sonuçlar ortaya çıktığı<sup>38</sup> görülmektedir.

Gözaltına alınan kişilerin hekime erişim hakkında, işkence yasağının ana güvencelerinden biri olarak uluslararası hukukta ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anayasa ve AİHS ve Türkiye'nin de tarafı olduğu Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde de İşkence Yasağının olağanüstü hallerde bile askıya alınamayacağını belirtmektedir. İnsan Hakları Komitesi sınırlandırması mümkün olmayan hakların güvencesi olan Usulü Haklar'ın da askıya<sup>39</sup> alınamayacağını bildirmiştir. Yine PVSK'nın 13. maddesine göre ise; polis "...bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu kanunların uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla top-

---

açıklanmıştır. Ayrıca İstanbul Protokolü, Parag.122. de açıklanmıştır; hekimin yazılı ya da sözlü tanıklılığının amacı, tıbbi bulguların hastanın kötü muamele iddiasıyla uyumuna ilişkin uzman görüşü sağlamak ve tıbbi bulgu ve yorumların, adli veya diğer uygun mercilere etkin biçimde iletilmesini sağlamaktır. Buna ek olarak, tıbbi tanıklılık; çoğu zaman işkencenin yarattığı fiziksel ve ruhsal bozukluklar konusunda yargı merciini, diğer hükümet görevlilerini, yerel ve uluslar arası toplulukları eğitime amacına da hizmet eder. Muayeneyi yapan kişi, aşağıdakileri yapmaya hazırlıklı olmalıdır:

- a) Bireyler, kolluk güçleri veya adli görevlilerin özel iddialarının olmadığı durumlarda bile olası yaralanma ve kötü muamele bulgularını değerlendirmek,
- b) Yaralanma ve kötü muamele bulgularının fiziksel ve ruhsal delillerini belgelemek,
- c) Muayene bulgularıyla hastanın kötü muamele iddialarının uyumluluk düzeyleri açısından ilişkilendirmek,
- d) Belirli bir bölgede kullanılan işkence yöntemleri ile bunların yol açabileceği etkilere ilişkin bilgi ile bireysel muayene bulguları arasındaki uyumluluk düzeylerini ilişkilendirmek,
- e) Adli tıbbi değerlendirme bulgularına ilişkin uzman değerlendirmesi sunmak ve sığınma başvurusu incelemelerinde, ceza yargılamasında ve hukuk davalarında kötü muamele bulgularının nedenlerine ilişkin uzman görüşü sağlamak,
- f) Uygun biçimde elde edilen bilgileri, işkence için olgu saptama ve ileri belgelendirmeyi güçlendirmek için kullanmak.

37 Özer, Evren; Türkgözü S.Erdem, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Human Rights Foundation of Turkey, Özgür Gündem (28 Nisan 2011 ve 29 Nisan 2011 Günlük İnsan Hakları Raporu).

38 Aybay, Rona, İnsan Hakları Adalet ve Türkiye, Düşün Dergisi, Bahar 2010, S. 66.

39 Altıparmak, Kerem; Özdemir, Bahadır; Üçpınar, Hülya, İşkencenin Önlenmesine Dair Hukuk El Kitabı, Türk Tabipler Birliği, 1.Baskı, 19 Şubat 2009, S.65.

lum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri, yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar. Yakalanan kişilerin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından kişinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde her türlü tedbir alınabilir. Yakalananlardan; uyuşturucu madde kullanmış olanlar ile sarhoş olanlar, zor kullanılarak yakalananlar ve haklarında soruşturma yapılacak olan şüpheli ve sanıkların, yakalanma anındaki sağlık durumları doktor raporuyla tespit edilir. Haklarında ıslah veya tedavi tedbiri alınması gerekenler, ilgili kurum yetkilileri tarafından teslim alınır. Ayrıca CMK'nın 99. maddesine göre, gözaltına alınan kişilerin sağlık kontrolünün nasıl yapılacağı yönetmelikle belirlenecektir. Söz konusu Yönetmelik 1 Haziran 2005 günü 25832 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren "Yakalama, Gözaltı Alma ve İfade Alma Yönetmeliği"dir. Yakalama, Gözaltı Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin "Sağlık Kontrolü Başlıklı" 9. maddesine göre ise;

- Yakalanan kişinin gözaltına alınacak olması veya zor kullanılarak yakalanması hâllerinde hekim kontrolünden geçirilerek yakalanma anındaki sağlık durumu belirlenir.

- Gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması veya adli mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumu hekim raporu ile tespit edilir.

- Gözaltına alınanlardan herhangi bir nedenle sağlık durumu bozulanlar ile sağlık durumundan şüphe edilenler, derhâl hekim kontrolünden geçirilerek gerekiyorsa tedavileri yaptırılır. Bu durumdaki kişilerden kronik bir rahatsızlığı olanların, istekleri hâlinde varsa kendi hekimi nezaretinde resmî hekim tarafından muayene ve tedavi edilmeleri sağlanır.

- Gözaltına alınan kişinin ifadesini alan veya soruşturmayı yürüten kolluk görevlisi ile bu kişiyi tıbbî muayeneye götüren kolluk görevlisinin farklı olması zorunludur. Ancak personel yetersizliği nedeniyle farklı kolluk görevlisinin bulunmaması hâlinde bu durum belgelendirilir.

- Tıbbî muayene, kontrol ve tedavi, adli tıp kurumu veya resmî sağlık kuruluşlarınca yapılır.

- Hekim raporu üç nüsha hâlinde düzenlenir. Kolluk görevlileri tarafından, hekim raporunu verecek birime, yakalananın nezarethaneye giriş raporu mu, yoksa çıkış raporu için mi getirildiği yazılı olarak bildirilir.

- Yakalama veya nezarethaneye giriş raporunun bir nüshası raporu tanzim eden sağlık kuruluşunda saklanır, ikinci nüshası gözaltına alınana, üçüncü nüsha ise soruşturma dosyasına eklenmek üzere ilgili kolluk görevlisine verilir.

- Gözaltı süresinin uzatılması veya yer değişikliği ya da nezarethaneden çıkış sırasında düzenlenen hekim raporlarından; bir nüshası sağlık kuruluşunda saklanır, iki nüshası ise raporu düzenleyen sağlık kuruluşunca kapalı ve mühürlü bir zarf içerisinde ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na en seri şekilde gönderilir. Bunlardan bir nüshası Cumhuriyet Savcısı tarafından gözaltına alınanın kendisine veya vekiline verilir, bir nüshası ise soruşturma dosyasına eklenir. Bu raporların düzenlenmesinde ve Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesinde 5271 sayılı CMK'nın 157. maddesinde belirtilen gizlilik kurallarına uyulur ve bu amaçla gerekli tedbirler ilgili sağlık kuruluşunca alınır.

- Hekim muayene esnasında 5237 sayılı TCK'nın 94. maddesinde belirtilen işkence, 95. maddesinde belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence ve 96. maddesinde belirtilen eziyet suçlarının işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastlaması hâlinde, keyfiyeti derhâl Cumhuriyet savcısına bildirir. Bu durumda Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 7. ve 8. maddesine göre işlem yapılır.

- Hekim ile muayene edilen şahsın yalnız kalmaları, muayenenin hekim hasta ilişkisi çerçevesinde yapılması esastır. Ancak, hekim kişisel güvenlik endişesini ileri sürerek muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılmasını isteyebilir. Bu istek belgelendirilerek yerine getirilir. Bu durumda gözaltına alınan kişinin talebi hâlinde müdafii de muayene sırasında gecikmeye neden olmamak kaydıyla hazır bulunabilir.

- Kadının muayenesi, talebi hâlinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır. Muayene edilecek kadının talebine rağmen kadın hekimin bulunmaması halinde, muayene sırasında hekim ile birlikte sağlık mesleği mensubu bir kadın personelin bulundurulmasına özen gösterilir.

**Türk Tabipler Birliği, Özgürlüğü Kısıtlanmış olan kişilerin hekime erişim hakkında ise konuyla ilgili şunlara dikkat edilmesini belirlemiştir:**

1- Özgürlüğünden alıkonulan kişi, alıkonulma anından hemen sonra en kısa süre içerisinde tıbbi kontrolden geçirilmelidir. Özgürlüğünden alıkonulan kişinin tıbbi muayenesi düzenli aralıklarla tekrarlanmalıdır.

Kişi, başka bir yere naklinden önce tıbbi muayeneden geçirilmelidir.

**2-** Gözaltına alınan kişiler, alıkonulma ve yerinin değiştirilmesi sürecinden önce bağımsız bir doktor tarafından muayene edilmelidir.

**3-** Hâkim önüne çıkarılmadan polis nezaretinden salıverilen kişi veya kişilerin, doğrudan bir adli hekim tarafından tıbbi muayene edilerek, rapor isteme hakkına sahiptir.

**4-** Kişi tıbbi değerlendirme talebinde bulunursa, bu talep geciktirilmeden yerine getirilmelidir. Görevliler bu talebi değerlendirmeden yerine getirmelidir.

**5-** Kişinin hekime erişim hakkı, tüm değerlendirme, bakım ve tedavilerin düzenlenmesi ve ayrıca gerekli olan durumlarda kişinin hekim tarafından değerlendirilmesi gerekir ve tüm değerlendirmeler, bakım ve tedaviler parasız olarak yapılmalıdır.

**6-** Özgürlüğünden mahrum bırakılan kişi veya kişilerin özel tedavi ihtiyaçları olduğu durumda, tedavi için uzmanlık kurumlarına veya sivil hastanelere sevk edilmesi zorunludur.

**7-** Devlet tarafından görevlendirilmiş hekimler tarafından muayene ve tedavi yapılabiliyor olsa da, işkenceye maruz kalan kişi veya kişilerin kendi seçtikleri bir doktora başvurma hakkı vardır. Yine konu ile ilgili Türk Tabipler Birliği, Özgürlüğü Kısıtlanmış olan kişilerin hekime erişim hakkını <sup>40</sup> yukarıdaki kurallara uygun olarak yürütmektedir.

**“Düşünmeden öğrenmek faydasız,**

**öğrenmeden düşünmek ise tehlikelidir.”**

**Konfüçyüs**

### **III. CEZAEVLERİNDEKİ AÇLIK GREVLERİNE MÜDAHALE BAKIMINDAN HEKİMİN DURUMU**

Açlık grevi farklı şekillerde tanımlanabilmektedir. Açlık grevi bir hedefe ulaşmak bir olayı protesto etmek ya da bir görüşe taraftar bulmak, kamuoyu yaratmak düşüncesi ile kısmen tek başına veya bir gurup halinde yemek yemeyerek veya sıvı almayarak aç kalma hareketidir. <sup>41</sup> Bu eyleme

40 Altıparmak, Kerem; Özdemir, Bahadır; Üçpınar Hülya, İşkencenin Önlenmesine Dair Hukuk El Kitabı, Türk Tabipler Birliği, 1.Baskı, 19 Şubat 2009. S. 67-75.

41 Çakmut Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınları, 1.Baskı, Ocak 2003, S.183. Ayrıca bak.Feyzioğlu Metin, “Açlık Grevi;Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, Cilt.43, 1993, S.1-4, s.157; Soyaslan Doğan, Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu,YD., C.16,

akli dengesi yerinde olarak kendi iradesi ile bilinçli bir şekilde katılmaya karar veren, bu süre içinde yemek yemeyen ve /veya sıvı almayan kişi veya kişilere de açlık grevcisi denir <sup>42</sup>. Bu hareketi yapan kişi veya kişilerin temel amacı bir hedefe ulaşmaktır. Bu hedefe ulaşmada amaç ölüm olmamakla birlikte bazen yapılan hareket ölümle sonuçlanabilmektedir. Bu durumda hekimin gerçeği nasıl olmalıdır ya da böyle bir hareket karşısında hekim nasıl hareket etmelidir? Eylemde bulunan kişilerinin yavaş yavaş da olsa ölüme gitmesini engellemeden yalnızca izlemek yeterli olabilir mi? Temelde açlık grevleri, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin içinde değerlendirilebilir. Çünkü açlık grevi yapan kişi ya da kişiler kendi düşüncelerini açıklamak ve yaymak <sup>43</sup> için mücadele etmektedirler. Konuyla ilgili, Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi'nin 1.maddesinde; "...hastanın kendi aldığı karara saygı göstermek hekimin görevidir. Hekim, müdahale etmeden önce hastayı durumdan bilgilendirerek iznini alır, ancak acil durum ortaya çıktığında, hekim hasta için en iyi olanı yapmak zorundadır." Yine aynı bildirgenin 2. maddesinde; "...müdahaleyi reddettiği konusunda açık bir beyana sahip olan açlık grevcisi komaya girdiğinde ve ölmek üzereyken ortaya çıkar. Ahlaki yükümlülükleri açısından hekim hastanın iradesine aykırıda olsa hastayı yaşama döndürmek zorundadır; mesleki sorumluluğu açısından ise hastanın kendi iradesine saygı göstermek durumundadır."<sup>44</sup> Açıklaması bulunmaktadır. Ayrıca TCK'nın 26. maddenin 1. fıkrasında; "Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez." Aynı maddenin 2. fıkrasında ise; "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez." şeklindeki açıklamaya dikkat edildiğinde, eylem hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. TC. Anayasası 12. maddesinin 1 fıkrasında; "...dokunulamaz devredilemez ve aynı maddenin 2. fıkrasında bu hak özgürlüklerin kişinin topluma ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da kapsadığını belirtmektedir. Yine 1982 Anayasası'nın 17. maddesinin 1. fıkrasında; herkes yaşama maddi ve manevi varlığını koruma ve ge-

Temmuz 1990, S.3, s.269, aktaran, Çakmut Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınları, 1.Baskı, Ocak 2003, S.183.

42 Çakmut Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınları, 1.Baskı, Ocak 2003, S.183. Ayrıca bak.Soyer Ata/Balta Evren,Hekimlik, Tıbbi Etik ve İnsan hakları Uluslar arası ve Ulusal belgeler, Türk Tabipler Birliği, Eylül 1996, S.81, aktaran, Çakmut Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınları, 1.Baskı, Ocak 2003, S.183.

43 Çakmut Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınları, 1.Baskı, Ocak 2003, S.184.

44 Sayek,Füsun,Sağlıkla İlgili Uluslar arası Belgeler,Türk Tabipler Birliği,Haziran 1198,S.34.

liştirme hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise; “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” şeklinde hüküm altına almıştır. Bu maddeye bakıldığında açlık grevi yapan kişilere müdahale yapılmalı mıdır? Kişi için yaşama hakkı devredilemez ve vazgeçilemez temel haklardan olduğu için ölme hakkı anayasal anlamda tanınmamıştır. Bu durumda ölüm orucunu doğuracak açlık grevine müdahale hukuka aykırılık<sup>45</sup> oluşturacak mıdır? Müdahale teknik bilgilere sahip olan hekim ve/veya hekime ulaşamadığı durumlarda diğer bilgi ve beceriye sahip olan sağlık personeli tarafından müdahale etmek için ilgilinin rızasına ihtiyaç olmalıdır. Aksi takdirde yani rıza alınmadan yapılacak işlem yaralama veya kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturur.

5237 Sayılı Yasa'nın 298. maddesi'nin 2. fıkrasında; “Hükümlü ve tutukluların beslenmesini engelleyenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesi de beslenmenin engellenmesi sayılır.” Yine aynı maddenin 3.fıkrasında ise; “Beslenmenin engellenmesi nedeniyle kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinden biri veya ölüm meydana gelmiş ise, ayrıca kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümlere göre cezaya hükmolunur.” Ayrıca 5275 Sayılı Kanun'un 82. maddesi'nin 1. fıkrasında; “ Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.” Yine aynı maddenin 2. fıkrasında; “ Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık

45 Yenerer Çakmut Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınları, 1. Baskı, Ocak 2003, S.183 .(FeYZioğlu Metin, “Açlık Grevi; Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, Cilt.43., 1993, S.1-4, s.157; Soyaslan Doğan, Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu, YD.C.16, Temmuz 1990, S.3, s.163'den alıntı).

ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.” Ayrıca aynı maddenin 3. fıkrasında ise; “Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir 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 de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.” Diğer taraftan aynı maddenin 4. fıkrasında ise; “ Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayati tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur.” Çünkü devletin tutuklu ve hükümlüyü korumak, onların hayat ve sağlıklarını iyileştirmek sorumluluğu vardır. Bu nedenle bu süreçte, kendi uzmanlık alanı ile ilgili olan bir konuda yardıma ihtiyacı olan veya hayati tehlikesi olan bir kişiye yardım etmeyen sağlık personeli suç işlemiş olacaktır. Bu süreçte sağlık personeli olarak; görevli hekim, grevin yapıldığı yer çalışanı olabileceği gibi, Tabipler Odası’nın yardımıyla Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenecek başka bir doktor da olabilir.<sup>46</sup> Ancak konu ile ilgili olarak, cezaevlerinde ölüm oruçları veya diğer ölümlerle ilgili olarak ülkemizde genellikle tüm cezaevlerinde meydana gelen *ölüm* olaylarının sayısını ve sebeplerini ortaya koyan bir rapor yoktur.<sup>47</sup> Bu büyük bir eksiklik olup özellikle Adalet Bakanlığına bağlı görev yapan Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü ve Türkiye İstatistik Kurumu bu eksikliği gidermelidir. Ayrıca İşkence ile ilgili giderim ortaya çıkan zararlar orantılı ve mümkün olduğunca da işkence mağduru kişinin yaşamını ve onurunu onarıcı yanı uygun ve yeterli olmalıdır. İnsan Hakları Komitesi, tazminatı her ülkede farklılık gösterse de, sembolik olmayan, uygun bir tazminat belirlenmesi<sup>48</sup> gerektiğini belirtir. Ayrıca 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatları’nın Tarzı İcrasına Dair Kanun’unda tıbbi müdahaleyi yapmaya yetkili olan kişiler sayılmıştır. Madde kapsamında hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler, hasta bakıcı, hemşireler ve diş protez teknisyenleridir. Ayrıca 05.07.2005 günü 25866 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 21.06.2005 günkü ve 5371 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet Şuabatı Sanatlarının

46 Yenerer Çakmut Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınları, 1.Baskı,Ocak 2003, S. 192.

47 Alkan Nevzat, Cezaevleri İstanbul Barosu Yayınları, Cilt. 81.Sayı.2007/5 Eylül-Ekim, S.2013.

48 Altıparmak, Kerem; Özdemir, Bahadır; Üçpınar Hülya, İşkencenin Önlenmesine Dair Hukuk El Kitabı, Türk Tabipler Birliği,1.Baskı,19 Şubat 2009.S.95.

Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'da değişiklik yapılmasına dair kanunun 7.maddesi ile değişiklik 11.04.1928 günü 1219 sayılı Tababet Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesinin eklenen 2. fıkrasında; "Acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığı'nca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtilmek kaydıyla acil tıp teknikerleri ile acil tıp teknisyenleri hastaya müdahale edebilir. Bu hususta lazım gelen iş ve işlemler yapılabilir."Açıklanan hükümde eklenmiştir.

Tıbben gerekli olan (endikasyon varlığı) bir müdahaleyi modern tıbbın seçeneklerine hekimlik mesleğinin iktiza ettiği dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun olarak hareket eden sağlık personelinin kusurundan söz etmek mümkün değildir. Bu süreçte müdahaleyi yapan sağlık personelinin hiçbir sorumluluğu yoluna gidilemez.<sup>49</sup> Konu ile ilgili Yargıtay 2.CD.,20.11.1991 günü ve 10834/11895 sayılı kararında; "...sanığın başıboş bıraktığı köpeği tarafından ısırılıp, yaralanan mağdureye kuduz aşısı uygulandığı, on beş aşıdan sonra hastalandığı ve öldüğü, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu Raporu'nda "Ölümün köpek ısırmasını takiben tatbik edilen kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği alerjik ansefalit(beyin,beyin zarı iltihabı) sonucu gelişen dolaşım ve solunum yetmezliğinden kaynaklandığının, kuduz aşısına ve aşının tatbik atfı kabul kusur bulunmadığından bildirildiği yine aynı kararla ilgili Yüksek Sağlık Şurası Raporu'nda kuduz aşuları neticesinde bazen bu tip ansefalit komplikasyon olarak meydana gelebilmektedir. Bu nedenle bu komplikasyonlar nedeniyle aşığı yapan kimseyi kusurlu bulmak mümkün değildir." Şeklinde açıklama yaptığı görülmektedir. Olayda tıbbi yönden sorumluluk yüklenemeyen kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği alerjik ansefalitten meydana geldiği anlaşılmaktadır denilerek komplikasyon neticesinde ortaya çıkan zararlardan dolayı sağlık personelinin kusura dayanan sorumluluğu (hukuki ve cezai sorumluluk) yoluna gidilemeyeceği açıkça görülmektedir.

### **İşkence Kötü Muamele İddialarında Tıbbi Değerlendirmeyi Kimler İsteyebilir?**

Bazı ülkelerde tıbbi soruşturmada iki yanlış uygulamaya sıkça rastlanır:

- 1- Tıbbi değerlendirme genellikle kolluk tarafından istenir.

49 Birtek Fatih, Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayırımı, İstanbul Barosu Dergisi, C.81,Sayı.2007/5,S.2002.



**2-** İşkence mağduru olduğu iddia edilen kişinin ve avukatlarının isteği dikkate alınmaz veya genellikle kabul edilmez.<sup>50</sup>

Konu ile ilgili İstanbul Protokolünde ise;

**1-** Savcının yazılı emriyle hareket etmedikleri takdirde kolluk kuvvetlerinin tıbbi değerlendirme istekleri geçersiz kabul edilmelidir.

**2-** İşkence iddialarının Adli Tıp değerlendirmesi savcılarının veya diğer uygun görevlilerin resmi yazılı talebi üzerine yapılmalıdır.

**3-** İşkence mağduru olduğu iddia edilen kişinin kendisi avukatları veya akrabaları da işkence ve kötü muamele kanıtlarını saptamak için tıbbi değerlendirme haklarına sahiptirler.

**4-** İşkence mağduru olduğu iddia edilen kişiler alıkonulma süreçleri boyunca ya da sonrasında tıbbi yeterliliğe sahip bir hekimden iki veya alternatif bir tıbbi değerlendirme raporu alabilme hakkına sahiptirler.<sup>51</sup> CMK 2005 yılında yapılan değişiklik uygulama ve yönetmelikleri ile İstanbul Protokolü'nde belirtilen bu ilkeler yer almıştır.

### **Tıbbi Raporu Kimler İsteyebilir?**

- Rapor gizli tutulmalı ve kişinin kendisine veya adını belirttiği temsilcisine verilmelidir.

- Kişinin ve temsilcisinin değerlendirme süreci hakkındaki görüşleri istenerek rapora geçilmelidir.

- Rapor, kişinin rızası veya buna yetkili bir mahkemenin izni olmaksızın başka kimseye verilemez.

- Tamamlanmış değerlendirme raporunun aslı doğrudan raporu talep edilen kişiye

(genellikle savcıdır) ulaştırılmalıdır.

- Tutuklunun ya da onun yerine hareket eden avukatının, tıbbi rapor talep ettiği durumlarda rapor verilir.

- Her raporun bir kopyası muayene eden hekimde kalmalıdır.

- Tıbbi raporlar hiçbir koşulda kolluk kuvvetlerine verilmemelidir.

50 Arıcan, Nadir; Baykal, Türkan; Korur Fincancı, Şebnem; Özkalıpçı, Önder; Berber, Mehmet Sezai; Tecer Alper; Ünüvar, İşkence için Tıbbi Değerlendirme El Kitabı, Türk Tabipler Birliği, 1. Baskı, 19 Şubat 2009, S.107

51 Doğan, İlyas, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, 1. Baskı, Özkan Matbaacılık Ltd. Şti., Ankara, 20 Nisan 2009, S.107-108, S.109.

CMK uygulama yönetmelikleri ile gözaltı giriş ve çıkış raporlarının kimlere verileceği belirtilmiştir.

- Giriş raporunun bir örneği muayeneye getiren kişiye, biri savcılığa iletmek üzere getirilen kolluğa verilir. Bir örneği de hekimin kurumunda arşivlenir.

- Çıkış raporunun bir örneği doğrudan savcılığa kurye ya da İl Sağlık Müdürlükleri'nin düzenleyeceği bir yöntemle iletilir. Kişi veya avukatı bir örneğini savcılıktan alabilir.

- Bir örnek hekimin kurumunda arşivlenir.<sup>52</sup>

Tıbbi belgeleme sürecinde öyküden başlayarak muayeneler konsültasyonlar ve inceleme sonuçlarına ilişkin elde edilen tüm veriler rapora kaydedilmelidir. Bulgu saptamalarında, bulgunun olmadığı da belirtilmelidir. Muayeneyi gerçekleştiren hekim izlerin nedeni, başkası tarafından ya da kişinin kendi eylemi ile meydana gelip gelmediği, kaza sonucu ya da bir hastalığa bağlı olup olmadığı konusunda görüş belirtilmelidir.<sup>53</sup>

Raporda sonuç olarak saptanan ayırıcı tanısına ilişkin değerlendirmeler de içermelidir. İşkence öyküsüyle uyumunu içerecek şekilde düzenlenmelidir.<sup>54</sup>

Rapor, işkence öyküsü ile hekim raporları, hükümlü ve tutukluların, fiziksel ruhsal ve psikolojik değerlendirmelerin uyumluluğu göz önüne alınarak karar verilip düzenlenmelidir. Hekimin hukuka uygunluk sebebinden faydalanabilmesi için tıbbin var olan kurallarına uygun olarak hareket etmeli ve kanunda belirlenen kuralara dikkat etmelidir. Yani hekim, kişinin yaşama ve sağlık haklarına yönelmiş olmalı ve tıbbın amacına uygun olarak hareket etmelidir. Hukuk ancak bu durumda, hekimin müdahalesini hukuka uygun olarak kabul edecek ve hekimin sorumsuzluğu kabul edilecektir.

#### IV.SONUÇ

Sonuç olarak; cezaevleri bir ülkenin gelişmişliğinin ve insan haklarının uygulandığının kesin olarak göstergesi olduğu için cezaevleri; bir ülkenin demirden ciğerleridir. Bu nedenle İnsan hakları karakollarda, hapishanelerde ve cezaevlerinde kendini gösterir. Bir ülkenin gelişmişlik düzeyi söz konusu yerlerde ki uygulamalarla doğru orantılıdır. Ümit edelim ki yakın

52 Doğan, İlyas, İşkencenin..... S.108-109.

53 Doğan, İlyas, İşkencenin... S.109.

54 Doğan, İlyas, İşkencenin... S.109.

zamanda karakollarda, hapisanelerde ve cezaevlerindeki koşullar, yaşadığımız ülkedeki yaşam koşullarımız birbiriyle uyumlu olsun ki; yaşadığımız ülkede de gerçekten insan haklarının tam olarak uygulandığından bahsedelim ve sahip olduğumuz değerleri daha da geliştirmek için hep birlikte omuz omuza çalışalım.

#### KAYNAKÇA

- 1- Aybay, Rona, İnsan Hakları, Adalet ve Türkiye, Düşün Dergisi, Bahar 2010.
- 2- Alkan, Nevzat, Cezaevleri, İstanbul Barosu Yayınları, Cilt. 81. Sayı. 2007/5 Eylül-Ekim, S. 2013.
- 3- Altıparmak, Kerem; Özdemir, Bahattin; Üçpınar, Hülya, İşkencenin Önlenmesine İlişkin Hukuk El Kitabı, Türk Tabipler Birliği, Başak Matbaacılık Ltd.Şti., 1.Baskı, 19 Şubat 2009.
- 4- Arıcan, Nadir; Baykal, Türkan; Korur Fincancı, Şebnem; Özkılıpçı, Önder; Berber, Mehmet Sezai; Tecer, Alper; Ünivar, Ümit, İşkence İçin Tıbbi Değerlendirme El Kitabı, Türk Tabipler Birliği, Başak Matbaacılık Ltd.Şti., 1.Baskı, 19 Şubat 2009.
- 5- Atılmış, Ümit Ünivar, İstanbul Protokolü, Türk Tabipler Birliği, Başak Matbaacılık Ltd.Şti., 1.Baskı, 19 Şubat 2009.
- 6- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Avrupa Cezaevi Kuralları,87/3 No'lu Tavsiye Kuralları.
- 7- Avrupa İşkence Önleme Komitesi, 2.Genel Rapordan alıntı(CPT/Inf(93)3), Paragraf.36.
- 8- Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Yayınları 768, Hukuk Fakültesi Yayınları 391, Sermet Matbaası, İstanbul 1972.
- 9- Değirmencioğlu, Serdar M., Şiddet Mağdurları, İstanbul Barosu Yayınları, Hayvan Hakları Komisyonu Toplumsal Şiddet Raporu 2009, 2 Mayıs 2009.
- 10- Doğan İlyas, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, 1.Baskı, Özkan Matbaacılık Ltd.Şti., Ankara, 20 Nisan 2009.
- 11- Gemalmaz, M.Semih, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (madde 3 İşkence yasağı) Analizi, AİHM içtihadına ilişkin bkz.2007.
- 12- Gemalmaz, Mehmet Semih, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İstanbul Barosu yayınları, 1.Basım, Ağustos 2002.
- 13- Gemalmaz, Mehmet Semih, Ölüm Cezasına İlişkin Ulusalüstü Belgeler (Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Afrika Birliği Örgütü, Amerika Devletleri Örgütü, Bildiri, Sözleşme, Protokol, Şart, Karar, Tavsiye Kararı, Görüş, Talimat, Rapor, Beyan), İstanbul Barosu Yayınları, 1.Basım, Nisan 2002.

- 14- Gilles, Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Şen Matbaa-Ankara,2003 Kasım.
- 15- Gülmez, Mesut, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1.Baskı, 2004 Mayıs.
- 16- İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi; R.G. 19 Mart 1954,S.8662.
- 17- Meksika'ya yönelik yürütülen soruşturma süreci, CAT article 20 Examination Re:systematic torture, Cat A/58/43/2003.
- 18- Oktay Ekinci, Bakırköy Cumhuriyet Savcısı, İnfaz Hukuku, İstanbul 2008.
- 19- OsmanKarademir/Türkiye,No:30009/03,22.07.2008,para.53.(www.okumagrubu.com/haber-detay.asp?haberID=696.)
- 20- Önen, Yavuz, İşkenceyi önlemede Ortak Akıl, İşkenceyi Önlemede Ortak Akıl'ın Önsözü, İşkenceyi önleme .rar.rar,5m,09/14/09 83 downloads.
- 21- Özdemir, Bahattin; Üçpınar, Hülya, DTB Bildirgeleri ve Ulusal Mevzuat Derlemesi, Türk Tabipler Birliği, Başak Matbaacılık Ltd. Şti., 2009.
- 22- Özer, Evren; Türkgözü, S.Erdem, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Human Rights Foundation of Turkey, Özgür Gündem (28 Nisan 2011 ve 29 Nisan 2011 Günlük İnsan Hakları Raporu).
- 23- Prosecular V. Furundzija. para.153; Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, m.53, may 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331, 8 International Legal Meterials 679 (1969).
- 24- Sayek, Füsun, Sağlıkla İlgili Uluslar arası Belgeler (Dünya Tabipler Birliği Avrupa Konseyi Birleşmiş Milletler UNESCO Avrupa Tabip Birlikleri Forumu), Türk Tabipler Birliği, Haziran 1998.
- 25- Türk Tabipler Birliği, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezayla Karşılaşan Kişilerde Görülebilecek Ruhsal ve Davranışsal Bozukluklarla İlgili Başlıca ICD-10 Tanıları, 1.Baskı, 10 Şubat 2009.
- 26- Ülgen, Celal; Ongun, Coşkun, Anayasa ve Temel Ceza Yasaları, İstanbul Barosu Yayınları, Can Matbaacılık, 1.Baskı, Temmuz 2008.
- 27- Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, mad.53, May 23,1155 U.N.T.S. 331, 8 International Legal Materials 679 (1969).
- 28- Yargıtay CGK'nın 12.03.1996 gün ve 2/33 sayılı kararı, Yargıtay CGK, 2005/7-24 E.,2005/56K. Sayılı ve 24.05.2005 günlü kararı ; Yargıtay 1.HD, 2007/5574 E.,2007/9733K. Sayılı ve 10.10.2007 günlü kararı, (Dominant Hukuk Yazılımları,İçtihat ve Mevzuat Kitaplığı'ndan alınmıştır.)
- 29- Yenerer, Çakmut Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınları, 1.Baskı, Ocak 2003.
- 30- Yenisey, Feridun; Nuhoğlu, Ayşe, Soruşturma Evresi Cep Kanunu, 9.Basım, Beta Basım Yayım Dağıtım Aş., Ocak 2006.
- 31- Yüzbaşıoğlu, Necmi, Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90.maddesine eklenen hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme, Bülent Tanör Armağanı, Legal, İstanbul.

# HEKİMİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Av. Nuriye SAVAŞ

## 1- HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN TÜRLERİ

### A- Kusur Sorumluluğu

Bir hekimin, hastaya zarar veren bir faaliyeti tıp bilimi, ahlak ve hukuk düzeni tarafından kınanabiliyor ise – yani kusurlu ise- hekim hastaya verdiği zarardan kusuru oranında sorumludur.

### B- Kusursuz Sorumluluk

Bazı hallerde hekim, kusuru olmasa dahi hastanın uğradığı zararlardan sorumludur. Hekimin çalışanının veya yardımcısının fiillerinden sorumluluğu (BK m. 55, Bk m. 100) ve hekimin kullandığı tıbbi malzeme sebebiyle ortaya çıkan hasta zararlarından sorumluluğu (BK m. 58) bu sorumluluk türünün vücut bulduğu örneklerdir.

## 2- HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN SEBEPLERİ

### A- Hekimin Sözleşmesel Sorumluluğu

Sözleşmesel sorumluluk, sözleşme ile taahhüt ettiği yükümlülüklerini ihlal etmek suretiyle hastasını zarara uğratan hekimin sorumluluğunu ifade etmektedir.

İşbu sözleşmede, hekimin taahhüdü hastalığa doğru teşhisi koymak, hastayı iyileştirmek ve hastanın acısını hafifletmek için elinden geleni yapacağı; hastanın taahhüdü ise doktoruna güveneceği, hastalığın teşhis, tedavi, kontrol süreçlerini hekime bırakacağı şeklindedir.

Hekimin Sözleşmeden Kaynaklı Sorumluluğunun Doğduğundan Bahsedebilmek İçin:

a) Hekim ile hasta arasına açık veya zımni şekilde kurulmuş bir **sözleşmenin varlığı** gerekmektedir.

b) Sözleşmenin hekim tarafından **ihlal** edilmiş olması gerekmektedir.

c) Hastanın maddi veya manevi bir **zarara** uğramış olması gerekmektedir.

d) Hekim, sözleşme ile belirlenen yükümlülüklerini kasten veya ihmal ile ihlal etmiş olması, görevini hiç veya gereği gibi yerine getirmeyerek **kusurlu** davranmış olmalıdır.

e) Hastanın zararı, hekimin kusurlu davranışı sebebiyle doğmuş olmalıdır. Zarar ile kusur arasındaki **illiyet bağı**nın ispatı ise zarar gören hastaya düşmektedir.

**Hekimin sözleşmesel sorumluluğu konusunda BK m. 96 ve devamı maddeleri tatbik edilecektir.**

### **B- Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu**

Hekimin sözleşme dışı sorumluluğundan kasıt; arada açık veya zımni bir sözleşme olmaksızın, hastaya müdahale eden veya müdahale etmesi gerektiği halde etmeyen hekimin hukuka aykırı eyleminden veya eylemsizliğinden doğan sorumluluktur.

Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğunun Doğduğundan Bahsedebilmek İçin;

a) Hekimin hastaya karşı **olumlu veya olumsuz bir davranışının** olması gerekmektedir.

b) Hekimin davranışında **hukuka aykırılık** unsuru bulunmalıdır.

c) Hastanın maddi veya manevi bir **zarara** uğramış olması gerekmektedir.

d) Hekimin kusurlu davranmış olması gerekmektedir.

e) Hastanın uğradığı zarar ile hekimin kusurlu davranışı arasında uygun **illiyet bağı** olmalıdır.

### **C- Hekimin Sözleşmesel ve Sözleşme Dışı Sorumluluğunun Karşılaştırılması**

Hekimin, tedavi sözleşmesinin mevcut olduğu bir hastaya müdahalesi sonucu bir zarar meydana gelmiş ise; burada hekimin hem sözleşmesel sorumluluğundan hem de sözleşme dışı sorumluluğundan bahsedilebilecektir. Şöyle ki; hekim, görevini gereği gibi ifa etmediği için hastanın zararı doğmuştur, bu sebeple hekim sözleşmeyi ihlal etmiştir. Fakat aynı zamanda hekim, hukuk düzenince korunmayan bir davranışı gerçekleştirerek hastaya zarar vermiş olduğundan, haksız fiilin de unsurları gerçekleşmiştir. Bu durumda zararının tazminini talep eden hasta, hangi hukuki yolu takip edecektir? Sözleşmeye aykırılık hükümleri mi, yoksa haksız fiil hükümleri mi olaya tatbik edilecektir?

Hakların yarıştığı işbu şartlar altında, hekimin sözleşmesel sorumluluğuna dayanmak hasta açısından daha yararlı ve elverişli bir yoldur:

- Haksız fiil sorumluluğunda, zarar gören (hasta) zarar verenin (hekimin) kusurunu ispatlamakla mükelleftir. Oysa ki sözleşmesel sorumlulukta, sözleşmeyi ihlal edenin (hekimin) kusurlu olduğu ön kabuldür, kusurlu olmadığını ispat sözleşmeyi ihlal edene/borçluya/hekime düşer.

- Hekimin bir hastaya müdahalesi sırasında yardımcı şahıs kullanması ve hastaya, yardımcı şahsın davranışının zarar vermesi durumunda da sözleşmesel sorumluluğa dayanılmasında hasta açısından büyük yarar vardır.

Haksız fiil sorumluluğunda yardımcı şahsın fiilinde doğan zararlarda BK m. 55 hükmü uygulama alanı bulmaktadır. BK m. 55 hükmü gereğince yardımcı şahsın fiilinin hastaya zarar verdiği durumlarda; hekim kurtuluş beyyinesi getirebilmektedir. Yani haksız fiil sorumluluğuna dayanıldığında hekim **çalışanını/yardımcı şahsını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini** ispat ederse, sorumluluktan kurtulacaktır.

Sözleşmesel sorumlulukta ise, hekim kullandığı yardımcı şahısların fiillerinden BK m. 100'e göre sorumlu tutulmaktadır. BK m. 100 hükmünde hekimin kurtuluş beyyinesi getirme şansı bulunmamaktadır. Arada sözleşmesel bir ilişki mevcut iken, hastaya zarar veren davranışın hekimin kullandığı bir yardımcı şahıs tarafından gerçekleştirilmesi ihtimalinde, hekim yardımcı şahsın seçiminde veya talimat vermede gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispat etse dahi hastanın zararından sorumludur.

- BK m. 100/2 gereğince yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir hükmü bundan müstesnadır.

- Haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı süresi, hastanın fiili ve faili öğrenmesinden itibaren 1 yıldır. Sözleşmesel sorumlulukta ise zamanaşımı süresi 10 yıldır.

### **3- HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELENDİRMESİ**

Hekim ile hasta arasındaki ilişki çoğu zaman aradaki bir sözleşmeye dayanır. Bu sözleşmenin kanunda sayılan tipik sözleşmelerden hangisi olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşme, birçok yönü ile "istisna akdine" benzetilmektedir. BK.355 "**istisna bir akittir ki onunla bir taraf (mü-**

**teahhit) , diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.**” Hükümü irdelendiğinde hekim-hasta ilişkisine uygulanabilirliği olmadığı görülecektir. İstisna akdinde bahsedilen “eser” kavramı, yerleşik Yargıtay içtihatlarında da kabul edildiği üzere **malzeme ile ilgili maddi eserleri** ifade etmektedir. Oysa ki, teşhis, tanı ve tedavi kavramının ve dahası bu kavramların vücut bulduğu hastanın maddeleştirilmesine imkan yoktur. Bundan başka, istisna akdinde müteahhit bir ücret karşılığında arzu edilen şekilde bir eser imal edeceğini iş sahibine taahhüt etmektedir. Çoğu zaman imal edilecek eser bir numune üzerinde görüşülerek planlanmaktadır. Oysa ki, hekimin hastayı kesin olarak iyileştireceğine dair bir taahhüt vermesi mümkün değildir.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin “hizmet akdi” olduğu yönünde görüşler de mevcuttur. BK m. 313 **“Hizmet akdi bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder.”** biçiminde tanımlamıştır. Hizmet akdinin üç temel unsuru bulunmaktadır: iş, ücret ve bağımlılık. Bu üç unsurdan “bağımlılık” unsuru hekim-hasta arasındaki ilişkinin bir hizmet akdi olmadığını tespiti yaramaktadır. Hizmet akdinde işçi, işverenine bağımlıdır. Oysa doktor edimini ifa ederken hastasına tam bağımlı değildir, bu, tıp mesleğinin ruhuna aykırıdır. Doktorluk bir uzmanlık alanı olmakla, hastanın bilemeyeceği birçok hususu içermektedir. Bu sebeptendir ki, hasta doktorun çalışma alanını, çalışma şeklini belirleme yeteneğine sahip değildir. Doktor mesleğini ifa ederken nispi bağımsızlık ilkesi içerisinde hareket etmektedir. İşbu bağımsızlığın sınırlarını ise hastanın objektif yararı, doktorun özen ve sadakat yükümlülüğü oluşturmaktadır.

Doktrindeki bazı yazarlar tarafından hekim-hasta ilişkisinin atipik bir sözleşme olduğu görüşü de ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, Tük Borçlar Kanununda hekim-hasta ilişkisini tanımlayan ve bu ilişkiyi hukuki mahiyette düzenleyen bir tip sözleşme bulunmamaktadır. Hekim-hasta arasındaki ilişki kanunda düzenlenmeyen, şahsına münhasır bir sözleşme tipidir.

Üzerinde en çok birleşilen görüş ise hekim ile hasta arasındaki ilişkinin **“vekalet sözleşmesi”** olduğu yönündedir. Gerçekten de vekalet sözleşmesi unsurları bakımından hekim-hasta ilişkisine tatbiki elverişlidir. BK m. 386 **“Vekâlet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde**



***kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler.”***

Vekalet sözleşmesinin de konusu bir iş görmektir; ancak bu akitte, ne hizmet akdine ait bağımlılık unsuru, ne de istisna akdine ait kesinlik içerisinde taahhüt edilen maddi eser unsuru vardır. Vekil/hekim belli bir sonucun elde edilmesi için değil, belli bir yönde çalışmak üzere taahhüt altına girer.

#### **Hekim-hasta ilişkisinde vekalet sözleşmesi unsurları:**

- Hekim hasta için bir işgörmeyi/ tanı, tedavi vb. taahhüt eder.
- İş görme edimi, zaman kaydına bağlı olmadan, nispeten bağımsız olarak yürütülür ve iyileşme garantisi verilmez.

- Hekim ile hasta arasında yapılacak olan vekalet sözleşmesi herhangi bir şekilde bağlı değildir, açık veya zımni olarak yapılabilir. **(BK m.387: Vekilin tevdi edilen işi idare hususunda resmî bir sıfatı varsa veya işin icrası mesleğinin icabından ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilân etmiş ise vekâlet, vekil tarafından derhal reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılır.)**

- Sözleşme veya teamül varsa hekim ücrete hak kazanır.

#### **Vekalet sözleşmesi bağlamında hekimin ve hastanın yükümlülükleri:**

Hekim hastayı aydınlatmak, hastanın rızasını almak (acil ve hayati durumlar hariç), teşhisi koymak, tedavi metodunu seçmek ve tedaviyi uygulamak yükümlülüğü altına girer.

Hasta hekimine güvenmek, tıp tekniği ile ilgili konularda hekimin bilgisine teslim olmak, sözleşme veya teamül gereği bir ücret ödemek yükümlülüğü altına girer.

#### **Vekalet sözleşmesinin sona ermesi:**

BK m. 396: ***“Vekâletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir. Şu kadar ki münasip olmayan bir zamanda vekâletten azil veya ondan istifa eden kimse diğerinin zararını zamin olur.” demektedir.***

Kendiliğinden Sona Erme: Tedavinin sona ermesi ile birlikte hekim hasta arasındaki vekalet ilişkisi de sona erecektir. Tedavi, hastanın iyileşmesi ile sona erebileceği gibi, tedavinin iyileşme ile sona ermediği durumlarda da vekalet ilişkisi sona ermiş olur. Hekimin kusurlu hareket etmek

suretiyle hastanın zararına yol açtığı durumlarda, hekimin hastanın zararını tazmin sorumluluğu ayrıktır.

**Hastanın Hekimi Azletmesi:** Hasta hekim arasındaki ilişkinin temeli güvene dayanmaktadır. Hastanın hekime olan güvenini yitirdiği durumlarda hekimin azletmesi ile de vekalet ilişkisi sona erecektir.

**Hekimin Görevinden İstifa Etmesi:** Hekim gerekli gördüğü hallerde vekalet görevinden çekilebilecektir. Yalnız hekimin istifası, hasta için tehlike teşkil edebilecek bir anda olmamalıdır.

#### 4- TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN MADDİ VE MANEVİ ZARARLAR

##### A- MADDİ ZARAR

Tıp biliminin, ahlak ve hukuk düzeninin onaylamadığı bir hekim davranışı sebebiyle hastanın ölmesi ya da beden gücünü yitirmesi sonucu meydana gelen malvarlığı zararlarıdır. Hekimin kusurlu davranışı sebebiyle, hastanın ölmesi durumunda maddi zararların tazmini **“destekten yoksun kalma tazminatı”** ile sağlanmaktadır.

BK m. 45/2: **“Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazımgelir.”**

Hekimin kusurlu davranışı sonucunda ölen hastanın, maddi desteğini alan kişiler işbu davada davacı sıfatını kazanmakta, hekim ise davalı sıfatını haiz olmaktadır. Destekten yoksun kalma tazminatını talep edebilmek için, hastanın mirasçısı olma şartı yoktur. Hastanın **maddi desteğini alan, bakım ve yardımından** yararlanan veya gelecekte alacak veya yararlanacak (örn. cenin) iken bundan mahrum kalan herkes bu tazminat davasında davacı olabilecektir.

Ölen kişinin bir şahsa/şahıslara sağladığı maddi desteğin veya bakım ve yardımın;

- Devamlı ve düzenli surette olması ,
- Meşru bir sebebe dayanıyor olması **şarttır.**

(Ölen kişinin maddi desteğini, bakım ve yardımını hukuka veya ahlaka aykırı bir sebebe dayanarak alan kişi destekten yoksun kalma tazminatı talep edemez.)

Davalı hekim ise gerek kendi kusurundan dolayı gerekse BK 55, 100 ve 58. maddeler uyarınca davalı olacaktır.

**Destekten yoksun kalma zararının davanın açılması sırasında tam olarak tayini, hemen hemen mümkün değildir; zira yoksun kalanın uğradığı zarar miktarı, onun öleden sağladığı nakdî veya aynı yardımların değeri, bizzat yardım görenin bugünkü veya ilerdeki kazanç imkanları, muhtaç olana fiilen yardımda bulunma temayülünde olup olmaması, dul kadının veya nişanlı kadının ileride tekrar evlenme veya nişanlanma şansı ve nihayet yardıma muhtaç olanın içinde bulunduğu sosyal çevre, ekonomik seviye gibi şimdiden ne olduğu bilinmeyecek faktörlere göre tayin olunur. Hâkim BK. 42/II'nin verdiği takdir hakkını burada büyük ölçüde kullanır.<sup>1</sup>**

Ölüm halinde, destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında göz önünde tutulan hususlar:

- 1- Ölen kişinin ölmeden önceki geliri
- 2- Ölen kişinin yaşı

3- Kusur oranları; tazminat miktarının belirlenmesinde hekim ve hastanın kusur oranlarının tespiti büyük önem taşımaktadır. Zira hekimin kusurunun %100 olduğu hallerde hekim aleyhine hükmedilecek tazminat miktarı ile hastanın kendi kusur ile durumunu ağırlaştırdığı hallerde hükmedilecek tazminat miktarı muhakkak ki farklı olacaktır. Hastanın uğradığı zararın yalnızca hekimin kusurlu davranışından mı, yalnızca hastanın kusurlu davranışından mı yoksa her ikisinin birlikte kusurlu davranışından mı doğduğunun tespiti büyük önem taşımaktadır. Hastanın tam kusurlu olduğu hallerde, hastanın zararından hekim sorumlu tutulamaz. Çünkü hastanın tam kusuru, hekimin davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağı keser.

4- Geride kalan eşin erkek ya da kadın olması, tekrar evlenme şansı olup olmadığı.

**Ölmeyen fakat hekimin kusurlu davranışı sebebiyle durumu ağırlaşan veya sakat kalan hastanın zararının tazmini:** Bu durumda “destekten yoksun kalma tazminatı”ndan bahsedilemeyecektir. Zira BK m. 45/2 destekten yoksun kalma tazminatının sadece “ölüm” halinde mümkün olduğunu açıkça belirtmektedir. Öyleyse hastanın ölmediği durumlarda destekten yoksun kalma tazminatından değil sadece hukuki terim anlamında “**maddi tazminat**”tan bahsedilecektir.

1 Prof. Dr. Kemal Tahir GÜRİSOY (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/315/3075.pdf>)

Maddi tazminat davasında dava açma hakkı münhasıran zarar görene aittir, hal böyleyken hekimin kusurlu davranışı sebebiyle maddi tazminat davasında, davacı sadece zarar gören hasta olabilecektir. Durumu ağırlaşan veya sakat kalan hastanın yakınlarının maddi tazminat talep etme hakları bulunmamaktadır. (Hasta yakınlarının manevi tazminat talep etme hakları saklıdır, bu hususa aşağıda **B** başlığında değinilecektir.)

Hekim kusurlu davranışı ile hastanın durumunu olağanın dışında ağırlaştırdığı takdirde, kusur yüzünden ortaya çıkan ekstra tedavi giderlerini ve tedavinin uzaması sebebiyle hastanın elde edemediği gelirleri tazmin ile yükümlüdür.

Hekimin kusurlu davranışı hastanın bedeninde geçici veya kalıcı bir fonksiyon kaybına sebep olmuş ise, hekim hastanın maruz kaldığı işbu beden gücü kaybı sebebiyle oluşan veya oluşacak olan malvarlığı değerlerinden de sorumludur.

Beden gücü kaybı sebebiyle oluşan maddi zararın tespitinde yine;

- Hastanın yaşı, ortalama veriler ışığında ne kadar süreyle daha aktif olarak çalışabileceği,

- Hastanın malul olmadan önceki aylık geliri, hastanın malul olduktan sonra elde etmesi muhtemel aylık gelir ve bu iki gelir arasındaki fark,

- Hekimin ve hastanın kusur oranları.

Uygulamada bu hesaplamalar için bilirkişiye başvurulmaktadır.

## **B- MANEVİ ZARAR**

Manevi zarar, “bir kişinin, parayla ölçülemeyen, şahısvarlığındaki iradesi dışında oluşan eksilmeyi ifade etmektedir”<sup>2</sup>.

Tıbbi bir müdahale sebebiyle zarar gören hastanın yaşam kalitesinde, hayat zevkinde ve sevincinde bir azalma olması durumunda manevi zararın varlığından bahsedilebilecektir.<sup>3</sup>

Manevi tazminat konusu irdelenirken, hekimin kusurlu davranışının hastanın ölümüne sebebiyet vermesi veya hastada cismani zarar meydana getirmesine göre bir ayrıma tabi tutmak ve bu iki ayrımda hasta

<sup>2</sup> Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1994, sy.649

<sup>3</sup> Av. Cemal ÖZTÜRKLER, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan tazminat Davaları, Ankara 2006, sy.117

yakınlarının manevi tazminat talep edebilme durumlarını incelemek gerekmektedir.

#### **a) Hastanın ölümü halinde manevi tazminat**

Hekimin kusurlu davranışı sonucu ölen hastanın yakınları manevi tazminat talep etme hakkını haizdir. Bu hak bizzat yasanın açık hükmünden doğmaktadır.

BK m. 47: **“Hâkim, hususi halleri nazara alarak cismanî, zarara düçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.”**

Hükümden açıkça anlaşılacağı üzere, hekimin kusurlu davranışı sebebiyle yakının kaybeden kişi, yaşadığı derin acı ve sıkıntı için manevi tazminat talep edebilmektedir.

Açılacak olan manevi tazminat davasında davalının kusurlu davranışta bulunan hekim olduğu sabit iken, davacının kim/kimler olabileceği hususu tartışmalıdır. BK m. 47 ölüm halinde manevi tazminat talep etme hakkının ölünün **“ailesine”** ait olduğunu belirtmiştir. Buradaki “aile” kavramının geniş yorumlanması gerekmektedir. Aile kavramına, ölünün hayattayken kurduğu derin sevgi bağı irdelenerek anlam yüklenmelidir. Ölen kişi ile yaşadığı sürece, sıkı sevgi bağı olan herkes manevi tazminat talebinde bulunabilecektir. Yeter ki ölen kişinin kaybının kendisinde ne denli yoğun bir ruhsal travmaya neden olduğunu kanıtlayabilsin.

#### **b) Hastanın cismani zarara uğraması halinde manevi tazminat**

BK m. 47: **“Hâkim, hususi halleri nazara alarak cismanî zarara düçar olan kimseye ... manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.”**

BK m. 47 hükmü yorumlandığında, hekimin kusurlu davranışı sebebiyle hastanın cismani zarara uğraması durumunda, sadece cismani zarara uğrayan hastanın kendisinin manevi tazminat talep edebileceği sonucu çıkmaktadır. Öyleyse, hekim kusuru sebebiyle bir yakını zarara uğrayan (beden gücünü kaybederek malul olan veya durumu ağırlaşan veya bedeninde kalıcı bir iz oluşan hasta yakını) kimse BK m. 47 hükmüne dayanarak tazminat talebinde bulunamayacaktır.

Cismani zarara uğrayan hastanın yakını BK m.49 hükmüne dayanarak manevi tazminat talebinde bulunabilecektir.

**“Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dâva edebilir.**

**Hâkim, manevi tazminatın miktarını tâyin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.**

**Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir.”**

Hekimin kusurlu davranışı sebebiyle beden gücünü kaybeden, bakıma muhtaç hale gelen kişinin yakınları onunla birlikte birçok sıkıntıya ve acıya katlanmak durumunda kalmış ve kalmaya devam edecektir. Hekimin görevini gereği gibi ifa etmemesinden kaynaklı hastanın yüzünde sabit bir iz kalırsa, baba, çocuğunun yüzüne her bakışta tarifsiz bir acıya duçar olacaktır. Hekimin kusurlu davranışı sebebiyle cinsel fonksiyonlarını kaybeden hastanın eşinin de kişisel haklarına halel gelecektir. (Zararın Yansıması ve Yansıma Yoluyla Manevi Tazminat İstemi)

Bu hallerde Bk m. 49 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

### **c) Cenin için manevi tazminat**

Aşağıda alıntı yapılan Yargıtay kararında da benimsendiği gibi, sağ doğmak kaydıyla, olay günü ana rahmine düşmüş olan ceninin de manevi tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır.

#### **“ YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**

**T. 12.10.1983 E. 1983/7784 K. 1983/8331**

#### **• CENİN LEHİNE MANEVİ TAZMİNAT**

#### **• MANEVİ TAZMİNAT ( Cenin lehine )**

Oysa manevi tazminat yalnız çekilen acılara değil, çekilecek acılara karşılık da takdir olunur. Nitekim bu gibi olaylarda sağ doğması kaydıyla olay gününde anarrahmine düşmüş çocuk yararına dahi böyle bir tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. Gerçekten küçük davacılar yaşları itibarıyla olay günü acı çekme durumunda olmasalar bile ileride büyüdükleri zaman kardeşleri Cevahir'in bu şekilde kaybından ötürü bir ızdırıp duyacakları muhakkaktır. O halde adları geçen davacılar yararına

da manevi tazminat takdiri gerekirken isteklerinin belirtilen gerekçe ile reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirir<sup>4</sup>.

**d) Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınan ölçütler**

- Ölüm şeklinin ölenin yakınlarında yarattığı ruhsal travma,
- Maluliyet oranı, geçici veya kalıcı nitelikte olması,
- Hekimin kusurlu davranışı sonucu hastanın vücudunda oluşan kalıcı iz, izin bulunduğu yer, hastanın cinsiyeti-yaşı-mesleği,
- Kusur oranları,
- Tarafların sosyal ve ekonomik durumu,

Tüm bu ölçütlerin göz önüne alınması suretiyle, tazminat miktarının ne olacağını BK m. 49/2 gereğince hakim belirleyecektir. Türk hukuk sisteminde manevi tazminatın zenginleşme aracı olarak kullanılamayacağı yönünde yerleşmiş bir görüş mevcuttur. Bu görüş Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.10.2001 tarih ve 2001/4-1016 E. 2001/757 K. sayılı kararında şöyle ifade edilmiştir:

“... manevi tazminatın bir taraf için zenginleşme diğer taraf için de fakirleşme aracı olarak görülmemesi gerekir...”

Genel uygulama, manevi tazminatın bir zenginleşme aracı olarak kullanılmaması yönünde ise de, makalemizde ele aldığımız konu bakımından Yargıtay Hukuk Genel Kurulu farklı bir karar vermiş, hastanın hekim kusuru sonucunda ölmesi durumunda manevi tazminat miktarının yüksek oranda belirlenebileceğini karara bağlamıştır. Kararda insan hayatının önemine, manevi tazminatın kusurlu şahıslar bakımından caydırıcı, mağdur olan kişiler bakımından acılarını bir nebze olsun azaltmayı sağlayıcı nitelikte olması gerektiğine değinilmiştir. Bu haliyle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, manevi tazminatın zenginleşmeye neden olmaması gerektiği kuralına bir istisna getirmiş, bunu da insan hayatının mukaddesliğine bağlamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kesbettiği önem sebebiyle bir satırını dahi değiştirmeden aşağıdan aynen alıntısını sizlere sunmaktayız.

**“Yargıtay Hukuk Genel Kurulu****Esas No: 2004/13-291 Karar No: 2004/370****Tarihi: 23.06.2004****Manevi Tazminat****ÖZET:**

Ölenin eşi, çocukları ve kardeşleri tarafından ameliyat sırasında vefat nedeniyle manevi tazminat davası açılmıştır. Ölenin sağlık sorunları, yaşamsal öneme sahip olmadığı gibi, ameliyatın yüksek risk içerdiği konusunda da uzmanlarca bir açıklama yapılmamıştır. Buna karşın yapılan ameliyatın ölümle sonuçlanmasının davacılarda büyük ölçüde elem ve ızdıraba neden olduğu tartışmasızdır. Gelişmiş ülkelerde kişi hakları her şeyin üstünde tutulmaktadır. Aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamı yitirilmesinin yarattığı ızdırabın telaf edilmesi olanaklı değildir. Bu amaçla sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek; öte yandan zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırım olacak miktarda, bir taraf için zenginleşme aracı, diğer taraf için de yıkım olmayacak şekilde ve ülkenin ekonomik koşulları, paranın alım gücü, tarafların ekonomik ve sosyal durumları ve zarar verene atfedilen kusur oranı dikkate alınarak uygun şekilde manevi tazminata hükmedilmesi gerekir.

**TAM METİN :**

Taraflar arasındaki “maddi ve manevi tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy Asliye 1. Ticaret Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 28.02.2002 gün ve 2000/120-2002/135 sayılı kararın incelenmesi Davalı şirket ve diğer Davalı B.Y. vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 19.12.2002 gün ve 2002/11333 13754 sayılı ilamı ile önce onanmış; aynı tarafların karar düzeltme istemi üzerine bu istem kabul edilerek 23.05.2003 gün ve 2003/3392-6425 sayılı ilamı ile; (... Davacılar, murisleri R.Y. ın göğüslerinde oluşan yağ dokuları ile rahim ameliyatı sonucu oluşan fitiğin alınması ve idrar kesesi düşüklüğünün giderilmesi operasyonlarının birlikte yapılması için davalı şirkete ait Hastanede ameliyat olduğu sırada davalı doktorun kusurlu eylemi sonucu öldüğünü ileri sürerek davacı eş Hıdır için 10.000.000.000 TL. destekten yoksun kalma tazminatı ile birlikte



20.000.000.000 TL. manevi tazminat; çocukları B., Z. ve B.'in her biri için 15.000.000.000-er TL ve kardeşleri A., H. ve L. için 5.000.000.000-er TL. olmak üzere toplam 80.000.000.000-TL. manevi tazminatın olay tarihinden ticari faizi ile tahsilini istemişlerdir.

*Davalılar davanın reddini savunmuştur.*

*Mahkemece davacı eş Hıdır için 9.783.572.250 TL. maddi ve 16.000.000.000 TL. manevi çocukların her biri için 12.000.000.000-şer TL. kardeşlerin her biri için 4.000.000.000 TL. manevi tazminatın olay tarihi 6.2.1999'dan 29.12.1999'a kadar hesaplanacak yıllık % 80, 30.12.1999'dan sonra % 70 oranı üzerinden avans işlemlerine ilişkin banka reeskont faizi ile birlikte A. Sağlık Hizmetleri San. Tic. A.Ş. ve davalı B.Y.den ortaklaşa ve zincirleme tahsiline, diğer davalılar hakkındaki davanın reddine, davalı E.A. yönünden davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş; mahkemenin kararı davalı şirket ile davalı B.Y. in temyizi üzerine dairemizin 19.12.2002 gün ve 11333-13754 sayılı ilamı ile oyçokluğu ile onanmış; onama kararına karşı davalı şirket ve davalı B.Y. karar düzeltme isteminde bulunmuştur.*

*1- Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre davalıların aşağıdaki bendin dışındaki sair karar düzeltme isteklerinin reddi gerekir.*

*2- Manevi tazminatın miktarını tayin etme hakimnin takdirine bırakılmış bir konu olmakla beraber, hükmedilecek miktarın uğranılan zararla orantılı, duyulan acıyı hafifletecek nitelikte olması gerekir. Takdir edilecek manevi tazminat hakkaniyete uygun olmalıdır.*

*Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararı karşılama da amaç edinmemiştir. Kusurlu olana yalnız hukukun ihlalinin dolaylı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine zarara uğrayanda bir huzur duygusu doğurmalıdır. Tazminatın sınırı onun amacına uygun olarak belirlenmelidir. Manevi tazminatın takdiri yapılırken tarafların sosyal ve ekonomik durumları gözetilmeli; manevi tazminatın miktarı bir taraf için zenginleşme aracı, diğer taraf için de yıkım olmamalıdır. Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde her olaya göre değişen özel hal ve şartlar gözeteilmelidir.*

*Davaya konu olayda, yukarıdaki ilkeler değerlendirildiğinde davacı eş için 16.000.000.000 TL çocuklar için 12.000.000.000-şer TL'den 36.000.000.000 TL ve kardeşleri için 4.000.000.000 TL'den 12.000.000.000 TL olmak üzere toplam 64.000.000.000 TL manevi tazminat fazladır. Davacı*

çılar yararına daha ılımlı bir manevi tazminata hükmedilmek üzere karar bozulmalıdır.

Mahkeme kararının açıklanan bu nedenlerle bozulması gerekirken zuhulen onandığı bu kez yapılan incelemeden anlaşılmuş olmakla, davalı şirket ve davalı B.Y. in karar düzeltme itirazının kabulü ile dairesinin onama kararının kaldırılmasına, kararın yukarıdaki nedenlerle bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacılar desteklerinin tıbbi müdahale sonucunda hayatını kaybetmesi nedeniyle davalı doktorlar ve sağlık kurumu aleyhine eldeki davayı açarak maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, manevi tazminat miktarının yerindeliği noktasındadır.

Ancak, öncelikle, manevi tazminatın takdirine ilişkin bir hükmün içeriği tartışılarak verilen onamaya ilişkin karara karşı karar düzeltme yoluna gidilip gidilemeyeceği üzerinde durulmalı, bu ön sorun irdelendikten sonra uyuşmazlık çözümlenmelidir. Bilindiği üzere, Mahkemelerin verdikleri kararlara karşı kanun yollarından en başta geleni temyiz; temyiz yoluyla verilen Yargıtay kararlarına yönelik normal kanun yolu da karar düzeltmedir. Temyiz üzerine Yargıtay temyiz edilen hükmü inceleyip bir karara bağlar. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesinde karar düzeltme sebepleri ve yapılacak işlemler aynen;

"I.Yargıtay kararlarına karşı tefhim veya tebliğden itibaren 15 gün içinde aşağıdaki sebeplerden dolayı karar düzeltilmesi istenebilir:

1- (Değişik: 16.07.1981 - 2494/31. mad.) Temyiz dilekçesi ve -kanuni süresi içinde verilmiş olması şartıyla- karşı tarafın cevap dilekçesinde ileri sürülüp hükme etkisi olan itirazların kısmen veya tamamen cevapsız bırakılmış olması,

2- Yargıtay kararında birbirine aykırı fıkralar bulunması,

3- Yargıtay incelemesi sırasında hükmün esasını etkileyen belgelerde bir hile veya sahteliğin ortaya çıkması.

#### 4- Yargıtay kararının usul ve kanuna aykırı bulunması,

II. Yargıtay evvelce cevapsız bırakılan itirazları kendi görüşüne göre hükme etki yapacak nitelikte bulmazsa karar düzeltilmesi isteği üzerine vereceği kararda bu itirazları reddederken her biri hakkında gerekçe göstermek zorundadır...” şeklinde ifade edilmiştir. Görülmektedir ki, maddede karar düzeltme sebepleri sınırlı olarak sayılmış; hangi kararlar için karar düzeltme yoluna gidilemeyeceği de açıkça gösterilmiştir.

Somut olayda; mahkemece verilen maddi ve manevi tazminatın kısmen kabulüne ilişkin karar dairece “Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre” gerekçesine yer verilerek oyçokluğu ile onanmış; manevi tazminat miktarı yönünden karşı oy bildirilmiştir. Temyiz edenlerin karar düzeltme istemleri üzerine bu kez karar dairece, yukarıda başlıkta ayrıntısı yer aldığı üzere diğer yönlerle ilişkin itirazlar reddedilmiş; manevi tazminatın miktarının daha ılımlı olması gerektiği noktasından oyçokluğu ile bozulmuştur. Karşı oyda hem karar düzeltme istenemeyeceği, hem de kararın onanması görüşü bildirilmiştir. Karar düzeltme isteminde bulunanlar temyiz dilekçelerinde de yer alan sebeplerini sıralamış; özünde usul ve yasaya aykırılık olgusuna dayanmışlardır. Yasa koyucu yukarıda aynen aktarılan madde metninde karar düzeltme nedenleri arasında ve dördüncü neden olarak “Yargıtay kararının usul ve kanuna aykırı bulunması” olgusuna yer vermekle tarafların bu nedenle dayanmasını olanaklı kılmıştır. Bir maddi vakaya uygulanacak yasal hükmün tespiti, yorumlanması ve aranan unsurların varlığı konusunda yapılan saptama usule aykırılık taşıyorsa bu hususun yasanın açık hükmü gereği karar düzeltme nedeni olarak incelenmesi olanaklıdır. Manevi tazminat miktarı da dayanağını yasadaki maddesinin uygulanması ve yorumunu gerektiren bir talep olduğuna göre, buna ilişkin takdirde usul ve yasaya aykırılık iddiasıyla karşılaştırılması olasıdır. Bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 04.05.1983 gün ve 2/235-471 sayılı kararında da vurgulanmıştır. Açıklanan gerekçelerle heyetin çoğunluğunca karar düzeltme talebinin incelenmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamış; işin esasının görüşülmesine geçilmesine oyçokluğu ile karar verilmiştir.

İşin esasına eş söyleyişle manevi tazminat miktarına ilişkin temyiz itirazlarına gelince;

Davacıardan H.Y.ın eşi ve diğer davacıların anneleri ve kardeşleri olan 1938 doğumlu R.Y.ın göğsünde meme bölgesinde tümöral kitle, batında

fitık, ve idrar kaçırma şikayetleri nedeniyle 30.1.1999 günü davalı A. Sağlık Hizmetleri A.Ş'nin sahip ve işleteni olduğu A. Hospital adlı hastaneye yatırılarak önce göğsündeki kitlenin Dr. E.A. başkanlığındaki ekip tarafından ameliyatla alındığı, ardından diğer şikayetler nedeniyle hastanın Dr. B.Y. başkanlığındaki ekibe devredildiği, ikinci ameliyat safhasında tansiyonunun düştüğü, kanama nedeniyle şuur bozulduğu geliştiğinden hastanın yoğun bakıma alındığı ve burada 6.2.1999 tarihinde öldüğü dosya kapsamı ile belirgindir.

Olayla ilgili olarak Üsküdar C. Başsavcılığı'nın 1999/3625 Hz. Sayısında tahkikat yapılmış; ayrıca idari yönden de incelemeye konu olmuştur.

Dosyada bulunan Adli Tıp Kurumu raporunda, "Göğüste, meme bölgesinde tümoral kitle, batında eski histerektomi ameliyatı yerinde fitık, ve idrar inkontinansı şikayetleri ile 30.1.1999 günü hastaneye yatırılan, göğüsteki kitle Dr. E.A. başkanlığındaki ekip tarafından ameliyatla alınıp, diğer şikayetleri de arızası nedeniyle Dr. B.Y. Başkanlığındaki ekibe devredilen bu ameliyat safhasında tansiyonu düşüp kanama nedeniyle şuur bozukluğu gelişip yoğun bakımda 06.02.999 tarihinde vefat eden 1938 doğumlu R.Y. a ait dosyada mevcut belgelerdeki bilgiler dikkate alındığında;

1- Ölümü ameliyatı sırasında oluşan sol rektus adalesinde seyreden aepigastrika inferior dalının kopması ve gelişen kanamadan ileri geldiği, bu damar arızası ameliyat sırasında oluşup zamanında fark edilip onarılmadığından ölümdede etkili olduğu,

2- Klinikte ve otopside göğüs bölgesindeki ameliyat sahasında herhangi patoloji saptanılmadığından bu bölge ameliyatının tıp kurallarına uygun olup ölümdede etkisi bulunmadığı,

3- Ameliyat sırasında leze olan arteri zamanında fark edip onaramayan ameliyat ekip sorumlusu Dr. B.Y. in kusurlu olduğu, kusur oranının 4/8 olduğu oybirliği ile mütalaa olunur" görüşünün açıklanmış; mahkemece alınan raporda da aynı kusur oranına ulaşıp 4/8 ise kötü tesadüf olarak adlandırılmıştır.

Ölene atfedilecek bir kusur bulunmadığında ise uyuşmazlık yoktur

Davacıların desteğinin ölüm olayının meydana gelmesinde onun dışında işlem yürütenlerin müşterek ve müteselsil sorumlulukları söz konusu olduğunda bu aşamada sorumlu olanların kendi aralarında hangi oranda kusurlu bulduklarının esasa etkili olmadığı açıktır. Bu ancak davalı

yanlar arasında davaya konu olması halinde rücu davasında araştırılması gereken ve manevi tazminatın takdirinde ise sonuca etkili olmayan bir husustur.

Manevi tazminat isteminin temelinde davalıların haksız eylemi yatmaktadır. Bilindiği üzere, haksız eylemin unsurları zarar, zarar ile fiil arasında illiyet bağı, fiilin hukuka aykırı olmasından ibarettir. Bu şartlardan en önemlisi zarar ile fiil arasında illiyet bağıdır. Eğer olayda zarar ile fiil arasında illiyet bağı kurulamıyorsa sorumlulukta doğmamaktadır.

Öte yandan, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde düzenlenen manevi tazminatta kusurun gerekmediği, ancak takdirde etkili olabileceği Yargıtay'ın 22.6.1966 tarih ve 1966/7 Esas 1966/7 Karar sayılı içtihadı birleştirme kararında açıkça vurgulanmıştır. Bu kararın gerekçesinde taktir olunacak manevi tazminatın tutarı etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden Hakim bu konuda taktir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Yine BK. 47. maddesi hükmüne göre: göre hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı Adalete uygun olmalıdır. Bu para tutarı aslında ne tazminat ne de cezadır. Çünkü mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını amaç edinmediği gibi kusurlu olana yalnız hukukun ihlalinin dolaylı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine, zarara uğrayanda bir huzur duygusu uyandırmaktadır. Aynı zamanda ruhi ızdırabın dindirilmesini amaç edindiğinden tazminata benzer bir fonksiyonu da vardır. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Taktir edilecek miktarı mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.

Olayda davacılar ölenin eşi, çocukları ve kardeşleri konumundaki kişilerdir. Ölenin şikayetleri yaşamsal öneme sahip şikayetler olmadığı gibi, ameliyatın yüksek risk içerdiği konusunda bir saptama da uzmanlarınca yapılmamıştır. Durum böyle iken ölümle sonuçlanması pek muhtemel olmayan bir ameliyat sonucunda ölüm gerçekleşmiş ve bu durum davacılarında büyük ölçüde elem ve ızdıraba sebebiyet vermiştir. Davacılarında uyandırılan güvene uygun bir dikkat ve özenin gösterilmesi halinde ölüm riskinin olmayacağı bir ameliyatta hastanın kaybının onun yakınlarında manevi yıkım oluşturması olağandır.

Olayın meydana gelmesinde ameliyat sırasında zarar gören arteri zamanında fark edip onaramayan ameliyat ekip sorumlusu Dr. B.Y. in 4/8 oranında kusurlu bulunmuş, kalan 4/8 kusur oranı ise kötü tesadüf olarak nitelendirilmiştir. Bu sorumlulukta B.Y. ile birlikte diğer davalı şirkete ait hastanenin de adam kullanan ve işleten sıfatıyla müştereken ve müteselsilen sorumluluğunun bulunduğu açıktır. Zira, Özel Hastahane işleteni, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır.

Davacıardan ölenin eşi H.Y. ın emekli kamu görevlisi olduğu dosya kapsamı ile belirgindir. Eşinin diğer davacıların da anne ve kardeşlerinin sağlığını riske atmamak, daha iyi ve özenle bakılmasını sağlamak adına ve bu saikle getireceği mali yüke rağmen özel hastaneyi tercih ettikleri anlaşılmaktadır. Bu güvene layık olunmaması da hasta sahipleri açısından yaralayıcı olacaktır.

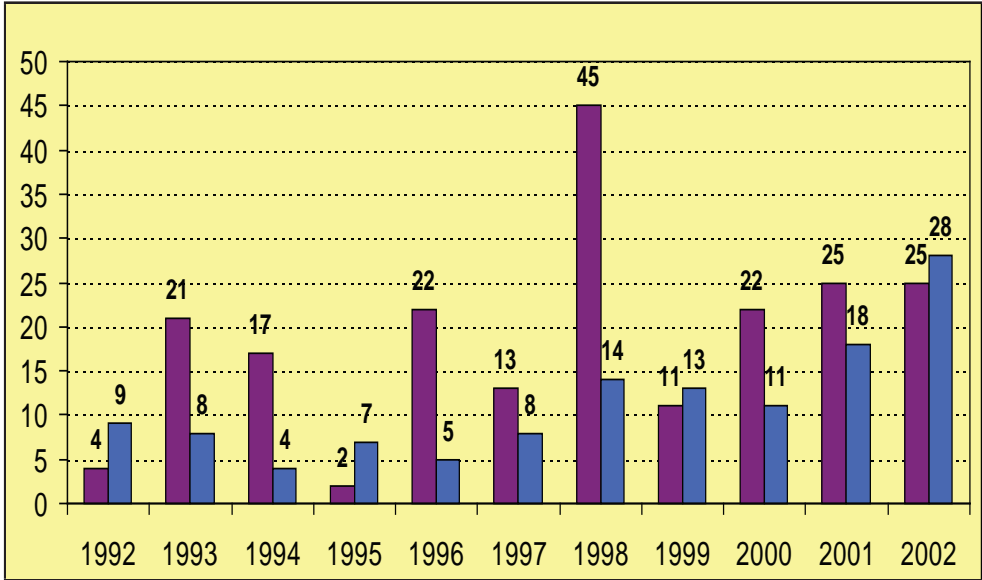
Manevi tazminat, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır. Bu ilkeler gözetildiğinde; aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değer telafi etmesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek; öte yandan da zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla, caydırıcı olabilmektir

Mahkemece, ülkenin ekonomik koşulları, paranın alım gücü, tarafların mali ve içtimai durumları, davalıların eyleminin niteliği ve atfedilen kusur oranı, davacılarda yaratılan elem ve ızdırabın ağırlığı ve manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin tüm ilke ve kurallar nazara alınarak davacılar lehine hükmedilen tazminat miktarları yerindedir.

Usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

Davalı A. Sağlık Hizmetleri San. Ticaret A.Ş. vekilinin temyiz itirazla-

rının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONAN-MASINA** ve aşağıda dökümü yazılı (2.456.000.000) lira bakiye temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 23.6.2004 gününde oyçokluğu ile karar verildi.”<sup>5</sup>



## 5- SERBEST ÇALIŞAN, KAMUDA ÇALIŞAN VE ÖZEL HASTANEDE ÇALIŞAN HEKİM BAKIMINDAN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

### Serbest Çalışan Hekimin Tazminat Sorumluluğu:

Makalemizde buraya kadar anlatmış olduğumuz hususlar serbest çalışan hekimin tazminat sorumluluğu için bire bir geçerlidir. Hekim kusurlu davranışları sebep olduğu hata zararlarından bizzat ve kusuru oranında sorumludur.

Hekim ayrıca BK m. 55 ve BK m. 100 kapsamında çalışan ve yardım eden sıfatıyla tıbbi müdahaleye dahil olan şahısların fiillerinden doğan zararlardan da sorumludur.

Hekim ayrıca BK m. 58 kapsamında, tıbbi müdahalede kullandığı malzemelerin kötü üretilmiş veya kötü şartlar altında muhafaza edilmiş olmasından dolayı hataya zarara vermesinden dolayı sorumludur. Hekimin malzemedeki ayıp için 3. şahıslara rucü hakkı saklıdır.

<sup>5</sup> <http://okaysaday.blogspot.com/2009/07/manevi-tazminatn-caydrclg-zenginlesme.html>

### **Özel Hastanede Çalışan Hekimin Tazminat Sorumluluğu:**

Hasta bir özel hastaneye başvurduğunda ve hastane hastayı kabul ettiğinde, hasta ile hastane arasında “hasta kabul sözleşmesi” akdedilmiş olur. Özel hastane, hastayı, bünyesinde hizmet akdi ile çalışan bir hekime sevk eder. Hal böyleyken, özel hastane bünyesinde hizmet akdi ile çalışan hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi kurulduğundan bahsedilemeyecek ve hekimin sözleşmesel sorumluluğu da doğmayacaktır.

Sözleşme, hasta ile özel hastane arasında kurulduğundan hekim, BK md. 100 anlamında yardımcı şahıs niteliğinde hareket edecektir. Özel hastane çalıştırdığı hekimin kusurlu davranışından dolayı, BK m. 100 kapsamında kusursuz sorulu olacak ve hastanın zararlarının tazmine mahkum edilecektir.

Özel hastanede çalışan hekimin kusurlu davranışı sebebiyle sözleşmesel sorumluluğuna her ne kadar gidilemeyecekse de, hekimin haksız fiilden ötürü sorumluluğuna gidilebilecektir.

Hastanın uğradığı zarardan özel hastane ve hekim müştereken ve müteselsilen sorumludur. Hasta uğradığı zararın tazminini talebini, sadece hekime veya sadece özel hastaneye yöneltebileceği gibi, her ikisine birlikte de başvurabilecektir. Tarafların kusurları oranında birbirlerine rucü etme hakları saklıdır.

### **Kamuda Çalışan Hekimin Tazminat Sorumluluğu:**

Kamu hastaneleri, özel hastanelerden farklı olarak kar amacı gütmenden faaliyet gösterirler. Kamu hastanesine başvuran hasta ile kamu hastanesi arasında bir sözleşme kurulduğundan ise bahsedilemez. Zira bu ilişkide, kamu hastanesi bir kamu kurumu olarak kamu hizmeti veren, hasta ise kamu hizmetinden faydalanan konumundadır. Kamu hastanesinde görev yapan hekim ise “kamu personeli”dir.

Kamu hastanesine başvuran hasta ile gerek hastane arasında gerekse hekim arasında bir sözleşme kurulmadığından sözleşmesel sorumluluktan bahsedilemeyecek, özel hukuk kuralları tatbik edilemeyecektir. Bu ilişki içerisindeki uyuşmazlıklar İdare Hukuku kuralları çerçevesinde İdare Mahkemelerinde çözüme kavuşturulacaktır.

1982 Anayasası m. 129/5: “**Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.**”



657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 13: **“Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar.”**

Hükümleri uyarınca, kamu hastanesinde çalışan bir hekimin kusurlu davranışı sebebiyle açılacak olan davada davalı ancak idaredir. Hekime direkt olarak dava açma imkanı bulunmamaktadır. İdarenin buradaki sorumluluğu ise bir kusursuz sorumluluk halidir.

Kamuda çalışan hekimin kusurlu davranışı sebebiyle zarara uğrayan **hasta, idare aleyhine, İdare Mahkemesinde hizmet kusuruna dayanan bir tam yargı davası açacaktır.** Hasta, açtığı davada idarenin vermesi gereken kamu hizmetinin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi sebeplerinden birine dayanacaktır.

#### KAYNAKÇA

1. ÖZTÜRKLER Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin, Ankara 2006.
2. ŞENOCAK Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.
3. GÜRSOY Kemal Tahir: (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/315/3075.pdf>).
4. OĞUZMAN/ÖZ: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1994.
5. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.
6. <http://okaysaday.blogspot.com/2009/07/manevi-tazminatn-caydrclg-zenginlesme.html>.
7. HANCI Hamit: Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeni İle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin, Ankara 2002.
8. EKİZOĞLU Oğuzhan: Hekimin Medikolegal Sorumluluğu, <http://www.theworldcases.com/pdf/hekimin%20medikolegal%20sorumlulugu.pdf>.
9. ŞENER Kemal: <http://www.kemalsener.av.tr/saglik-hukuku/doktorun-hukuki-sorumlulugu.html>.
10. Türk Hukuk Sitesi.



# HEKİM DIŞINDAKİ SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ TIBBİ UYGULAMALARDAN DOĞAN SORUMLULUKLARI VE

## YÜKSEK SAĞLIK ŞURASI TARAFINDAN HATALI BULUNAN TIBBİ UYGULAMA ÖRNEKLERİ

Av. Nesrin ÖZKAYA<sup>1</sup>

### 1. GİRİŞ VE AMAÇ

Tıbbi uygulamalar, günümüzde eskiye göre daha karışık, ekip hizmeti gerektiren çok paydaŐlı ve etkileŐimli süreçlerden oluşur. Hekim dışı diğer sağlık mesleği mensuplarının bu süreçteki rolleri yadsınamaz ve vazgeçilmezdir. Bazı anlayıŐlarda diğer sağlık mesleği mensuplarının verdiği hizmetin hekime destekten öteye gitmediği iddia edilse de genel anlayış sağlık hizmetinin ekip çalışmasının ürünü olduğu yönünde değişmektedir.

Bu makale ile hekim haricindeki sağlık mesleği mensuplarının tıbbi uygulamalardaki sorumluluğunun hatalı tıbbi uygulama örnekleri ve istatistikî çalışmalar ile vurgulanması amaçlanmıştır.

### 2. GENEL BİLGİLER

#### 2.1. Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı Meslekler:

##### 2.1.1. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'na (DMK) göre Sağlık Meslekleri;

- Tabip
- Diş Tabibi
- Eczacı
- Veteriner Hekim
- Fizyoterapist
- Tıp Teknoloğu
- Ebe
- Hemşire

---

1 İstanbul Barosu Avukatı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi

- Sağlık Memuru
- Sosyal Hizmetler Mütchassısı
- Biyolog
- Psikolog
- Diyetisyen
- Sağlık Mühendisi
- Sağlık Fizikçisi
- Sağlık İdarecisi
- Ebe ve Hemşire Yardımcısı
- Fizik Tedavi, Laboratuvar, Eczacı, Diş Anestezi, Röntgen Teknisyenleri ve Yardımcıları
- Çevre Sağlığı ve Toplum Sağlığı Teknisyeni
- Sağlık Savaş Memuru
- Hayvan Sağlık Memuru ve benzeri sağlık personelinini kapsar<sup>2</sup>.

**2.1.2. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu' na Göre Tıbbi Uygulama Yapabilecek Sağlık Meslekleri;**

- Hekimler
- Diş Tabipleri ve Dişçiler
- Ebeler
- Sünnetçiler
- Hasta Bakıcı Hemşireler
- Acil Tıp Teknikerleri ile Acil Tıp Teknisyenleri
- Türk Silahlı Kuvvetlerince yetiştirilen sıhhiye sınıfına mensup erbaş ve erler (Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yaptıkları süre ve görevle sınırlı olmak üzere, küçük sıhhi işlemleri yapmaya yetkilidirler)
- Diş protez teknisyenleri olarak bahsedilmiştir.<sup>3</sup>

2 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, RG Tarihi: 23.07.1965, RG Sayısı: 12056, Madde 36.

3 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, RG Tarihi: 14.4.1928, RG Sayısı: 863.

Ayrıca 225 Sayılı Kanun ile bu kanuna yeni meslekler eklenmiştir<sup>4</sup>;

- Klinik Psikolog
- Fizyoterapist
- Odyolog
- Diyetisyen
- Dil ve Konuşma Terapisti
- Podolog
- Sağlık Fizikçisi
- Anestezi Teknisyeni/Teknikeri
- Tıbbi Laboratuvar ve Patoloji Teknikeri/ Teknisyeni
- Tıbbi Görüntüleme Teknisyeni/Teknikeri
- Ağız ve Diş Sağlığı Teknikeri
- Diş Protez Teknikeri
- Tıbbi Protez ve Ortez Teknisyeni/Teknikeri
- Ameliyathane Teknikeri
- Adli Tıp Teknikeri
- Odyometri Teknikeri
- Diyaliz Teknikeri
- Fizyoterapi Teknikeri
- Perfüzyonist
- Radyoterapi Teknikeri
- Eczane Teknikeri
- İş ve Uğraşı Terapisti (Ergoterapist)
- İş ve Uğraşı Teknikeri (Ergoterapi Teknikeri)

· Mamografi Teknikeri tanımlanarak eğitim yeterlilikleri ve tıbbi müdahale yetkileri tanımlanmıştır. Tabipler ve diş tabipleri dışındaki sağlık meslek mensupları hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunarak tedavi

---

4 6225 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG Tarihi: 26.04.2011, RG Sayısı: 27916.

planlayamaz ve reçete yazamaz. *Diploması veya meslek belgesi olmadan bu maddede tanımlanan meslek mensuplarının yetkisinde olan bir işi yapan veya bu unvanı takınanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz gündən beş yüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.* Bu mesleklerle ilişkin ayrıntılı düzenleme yapma yetkisi Sağlık Bakanlığı'na verilmiştir.

## **2.2. Sağlık Mesleği Mensuplarının Tıbbi Uygulamalardan Doğan Sorumlulukları:**

Sağlık çalışanlarının görevi; insanın sağlığının bozulmasını önlemek, onu hastalıklardan korumak, bozulan bedensel ve ruhsal yapısını, sakatlıklarını düzeltmek, ruhsal ve fiziksel acılarını dindirmektir. Bireyin sağlık ve yaşama hakkının gerçekleşmesinde önemli bir görev üstlenmiş olan sağlık çalışanları, günümüz tıbbının gerektirdiği son derece karmaşık ve tehlikeli tedavi yöntemlerini uygulaması ve bunu insan üzerinde gerçekleştirmesi nedeniyle büyük riskler ile karşı karşıya gelmektedir. En ufak bir kusur kalıcı hasar ya da ölümle sonuçlanabilmektedir.<sup>5</sup>

Tıbbi uygulama hataları denildiği zaman birçok kişinin aklında hekim hataları kavramı gelir. Ancak uygulamada diğer sağlık mesleği mensuplarının verdikleri sağlık hizmeti ile ilgili yargılama süreçleri ile yüz yüze kaldıkları görülmektedir. Türk Ceza Kanunu(TCK)<sup>6</sup>, mesleki sorumluluk açısından hekim ile diğer sağlık mesleği mensuplarının ceza sorumluluğunu ayırmamıştır. Bu nedenle hekimlerin mesleki sorumluluklarını düzenleyen tüm kurallar diğer meslekler için de geçerlidir. Hal böyle olunca sağlık mesleği mensuplarının tıbbi uygulamalarından doğan sorumlulukları üç başlık altında mütalaa edilebilir;

a. Ceza,

b. Tazminat (hukuk),

c. Disiplin sorumluluğu olmak üzere. Disiplin sorumluluğunu da çalışan kurumun mevzuatından kaynaklanan disiplin sorumluluğu ile meslek örgütlerinin disiplin sorumluluğu şeklinde ayırmak mümkündür.

Tazminat, ceza ve DMK'dan kaynaklanan disiplin sorumluluğu hekimler ile diğer sağlık mensupları için aynı hükümlere tabidir. Meslek örgütlerinin disiplin cezası verme yetkisi ise hali hazırda hekimler açısından

5 Güzel, S., Yavuz, Ş., Aşirdizer, M., Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulları ile Yüksek Sağlık Şurası Raporları Arasında Çelişki Bulunan ve Adli Tıp Genel Kurulunda Görüşülen Malpraktis Olgularının İrdelenmesi. Adli Tıp Bülteni, 2002,7(1):14-20.

6 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, RG Tarihi: 12.10.2004, RG Sayısı: 25611.

geçerli bir konudur. Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun<sup>7</sup> 38. maddesinde; Haysiyet Divanı'nın inzibati ceza verme yetkisi düzenlenmiştir. Bu kanunda yazılı disiplin cezaları sadece tabipler açısından geçerlidir. Diğer meslekler için yürürlükte olan ve meslek örgütlerinin disiplin yetkilerini düzenleyen bir yasa yoktur. Sağlık Meslek Mensupları Birliği Kanun Tasarı Taslağı<sup>8</sup> hazırlanmış olup bu tasarının yasalaşması durumunda meslek odaları tarafından diğer sağlık mesleği sahiplerine uyarma, kınama, para cezası, meslek uygulamasından geçici alıkonulma ve meslek uygulamasından sürekli alıkonulma cezalarının verilebilme imkânı doğacaktır.

### 2.3. Tıbbi Uygulama Hatalarına İlişkin İstatistiksel Veriler:

Tıbbi uygulama hatasında genellikle insan faktörleri (bilgisizlik, zihinsel muhakeme hataları, dikkatsizlik gibi), çevresel faktörler ve tıbbi cihazlar gibi hata oluşma riskini arttıran çeşitli faktörler mevcuttur. Bu faktörler, tek başına da tıbbi uygulama hatası oluşmasına neden olabilir. Ancak tıbbi bakım, bir ekip işi olduğundan hata oluşumunda söz konusu faktörler, genellikle iç içe geçmiş durumda karşımıza çıkmaktadır<sup>9</sup>. 2006 Yılında ABD'de tıbbi uygulama hatası nedeniyle rapor edilen vakaların % 79' u hekim, % 10,3' ü diş hekimi, % 10,72' si ise diğer sağlık çalışanlarıdır ( % 9,2' si hemşire).<sup>10</sup>

#### **Grafik 1: Adli Tıp Kurumunca Değerlendirilen Tıbbi Uygulama Hata İddiası İçeren Olguların Uzmanlık Alanlarına Göre Dağılımı (2002-2006, İlk On Uzmanlık Alanı)<sup>11</sup>**

Grafik 1'den anlaşıldığı üzere, Adli Tıp Kurumunda (ATK) tıbbi hata yönünden incelenen kararlar içerisinde hemşire ve ebelerin sayı bakımından 2. sırada yer alması, kusurluluk oranları açısından ise birçok uzman hekimden fazla oranda kusurlu bulunmuş olmaları konunun önemini, diğer sağlık mesleklerinin de tıbbi uygulama hataları alanında incelenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

7 6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu, RG Tarihi: 31.01.1953, RG Sayısı: 8323.

8 [http://www.ttb.org.tr/data/haber/agustos04/smmb\\_kanunu.doc](http://www.ttb.org.tr/data/haber/agustos04/smmb_kanunu.doc)(Erişim tarihi: 20.07.2011)

9 Amberson, J., Medical Professional Liability Insurance Trends in Asia, Asia Pacific Conference, Sydney, 2005.

10 [http://www.npdbhipdb.hrsa.gov/pubs/stats/2002\\_NPDB\\_Annual\\_Report.pdf](http://www.npdbhipdb.hrsa.gov/pubs/stats/2002_NPDB_Annual_Report.pdf) . (Erişim Tarihi: 01.07.2009).

11 Özkaya N., 2002-2006 Yılları arasında Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulunca Görüş Bildirilen Pediatrik Malpraktis İddialarının İncelenmesi ve Tıbbi Hataların Tespiti, İ.Ü.Adli Tıp Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul,2008.Danışman: Prof.Dr.İmdat Elmas.

Grafik 2’de, yıllara göre hemşirelikte Malpraktis iddiası içeren dosya sayıları görülmektedir. 10 yıllık dönemde (1992-2002) şikayetlerde gide-rek artma gözlenmektedir. 1998 yılında şikayetlerde anlamlı bir artış ol-muştur. Bu duruma Hasta Hakları Yönetmeliğinin uygulanmaya konul-masının etkisi olabileceği değerlendirilmektedir<sup>12</sup>.

**Tablo 1: Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Tıbbi Uygulama Hata İddiası**

**İçeren Dosyalardaki Sağlık Personeli Dağılımı (2002-2008)<sup>13</sup>**

	n	%
<b>Hemşire- ebe toplam</b>	308	<b>47,5</b>
Ebe	160	24,6
Hemşire	136	21,0
Ebe- hemşire	8	1,2
Servis sorumlu hemşiresi	3	0,5
Stajyer hemşire	1	0,2
<b>Diğer sağlık meslekleri toplam</b>	62	<b>9,7</b>
Anestezi teknisyeni	33	5,1
Sağlık memuru	16	2,5
Hastabakıcı	7	1,1
Laboratuar teknisyeni	3	0,5
Acil tıp teknisyeni	2	0,3
Eczacı	1	0,2
<b>Hekim toplam</b>	270	<b>41,6</b>
Uzman hekim	196	30,2

12 Safran N., Hemşirelik ve Ebelikte Malpraktis, İ.Ü. Adli Tıp Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2004.

13 Elbükten B., Sağlık Profesyonellerine Yönelik Tıbbi Uygulama Hata İddiası ile Yüksek Sağlık Şurasına Gönderilen Olguların İrdelenmesi, Marmara üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, Danışman: Prof. Dr. M. Akif İnanıcı.



Pratisyen doktor	60	9,3
Asistan hekim	10	1,5
Başhekim	4	0,6
<b>Diğer toplam</b>	8	1,2
Hastane yönetimi	4	0,6
Hastane	2	0,3
Sağlık Bakanlığı	2	0,3
<b>Genel Toplam</b>	<b>648</b>	<b>100</b>

Tablo 1'den anlaşıldığı üzere; Yüksek Sağlık Şurasında (YSS) altı yıllık bir süreçte değerlendirilen dosyalardaki sağlık profesyonellerine bakıldığında hekimlerin oranının % 41,6 olduğu, diğer sağlık mesleği mensuplarının ise sayıca hekimlerden fazla olduğu görülmektedir.

#### 2.4. Örnek Olaylar:

**Örnek Olay 1:** 15 yaşındaki V.K. adlı hasta, bıçakla yaralama sonucu bir sağlık ocağına götürülmüş, nöbetçi hemşire A.E. tarafından yarası temizlenerek dikiş atılmış, nöbetçi doktora ve Jandarmaya haber verilmemiştir. Bacakta morarma ve şişme oluşması nedeni ile olaydan 10 gün sonra hasta devlet hastanesine başvurmuştur. Hastanede sol alt ekstremitede (bacak) ileri derecede hematoma (kan toplanması), sol femoral arter (kasık atardamarı) kesisi tanısı konularak hasta opere (ameliyat) edilmiştir.

Hemşire savunmasında; olay günü sağlık ocağında doktorun bulunmadığını, hastanın bıçak yaralanması olduğunu söylemeyip düştüğünü söylediğini, yarayı temizleyip diktiğini ve kanaması olması durumunda hastaneye gitmesi gerektiğini belirttiğini ifade etmiştir.

#### ATK raporunda;

- 1- Kişinin hayati tehlikeye maruz kaldığı,
- 2- Yara lokalizasyonu dikkate alındığında hemşirenin doğru bir müdahalede bulunmadığı, yapılan uygulamanın hayati tehlikeye yol açan arter yaralanması üzerine olumsuz etki yapmadığını, ancak tedavinin gecikme-

sine neden olduğu, yapılan müdahalenin yetkisini aşan bir cerrahi girişim olup bu nedenle kusurlu olduğu belirtilmiştir.

**YSS Kararında; Hemşire A.E., görevi ihmâl suçundan değil, hekimin müdahale etmesi gereken bir duruma yetkisi olmadan müdahale etmiş olmakla 1219 Sayılı Kanuna muhalefet ettiğinden kusurlu bulunduğu belirtilmiştir.<sup>14</sup>**

**Örnek Olay 2:** N.K. adlı 42 yaşındaki erkek birey sokakta baygın bulunarak Devlet hastanesinin acil servisine getirilmiştir. Doktor M.B. tarafından değerlendirilen hasta sağlık memuru M.K tarafından gözlem odasına alınarak yatırılmış ve sabaha karşı ölü olarak bulunmuştur. Hasta ile ilgili kayıt bulunmamıştır.

Sağlık memuru savunmasında; evsiz ve alkolik olan hastayı sık sık hastaneye gelmesi nedeniyle tanıdığını, çok sık bu şekilde hastaneye gelip kayıt tutulmadan müşahede odasında sızıp yattığını sabahta kendisinin uyanıp gittiğini beyan etmiştir. Olay gecesi de şahsın sarhoş ve baygın olarak hastaneye geldiğini, müşahede odasına yatırıldığını, gece boyunca kendisinin haberi olmadığını sabah şahsın öldüğünün söylendiğini ve derhal doktora haber verdiğini beyan etmiştir.

**YSS Kararında; Acil servise getirilen hastaya hiçbir tıbbi müdahalede bulunmadan gözlem odasına yatıran ve sabaha kadar hastayı değerlendirmeyen doktor ve sağlık memurunun görevi ihmallerinin olduğuna ve bu ihmâl ölüme sebebiyet verdiğinden iki sağlık personelinin de kusurlu olduğuna karar verilmiştir.<sup>15</sup>**

**Örnek Olay 3:** Ü.Ç. adlı 20 yaşındaki gebe, SSK hastanesine doğum nedeniyle başvurmuştur. Ebe tarafından yaptırılan normal doğum sonucunda oluşan vajinal yırtık tamir edilmiş ve doğum sonrası hemoglobin düşüklüğü doktora haber verilmiştir. Dr E.Y. tarafından hastaya kan transfüzyonu yapılması telefonla order edilmiştir. Laboratuvar teknisyeni hastanın eşinden kan alarak kan grubu tayini ve çapraz kontrol yapmış ve kan hastaya verilmiştir. Transfüzyon esnasında hastanın genel durumunun bozulduğu, nefes darlığı, göğsünde ağrı olduğunu gören Dr İ.A tarafından bir şey olmadığı söylenerek transfüzyona devam edilmiştir. Bu esnada hastada şok eğilimi olduğundan transfüzyon hızlandırılıp hasta ameliyata alınmıştır. Anestezi sonrası hastanın şuuru açılmadığından se-

14 Yüksek Sağlık Şurası Toplantı Tarihi : 3-4 Mart 2005, Toplantı Sayısı : 243, Karar Sayısı :11107.

15 Yüksek Sağlık Şurası Toplantı Tarihi : 3-4 Şubat 2005, Toplantı Sayısı : 242, Karar Sayısı :11060.

rebral (beyin içi) bir hadise düşünülerek hasta başka bir hastaneye sevk edilmiştir. Hasta sevk esnasında ambulansda vefat etmiştir.

Laborant ifadesinde; hazırda kan olmadığını, Ebe H.G'nin hastanın eşinin kan grubunun aynı olduğunu söylediğini, eşinden kan alarak cross kontrolünün uygun olduğunu tespit ettiğini, kanı gönderdiğini, tekrar kan istendiğini kan olduğunu ancak başka bir hastaya ait olduğunu doktora ilettiğini ve kan üzerinden rutin tetkikleri yapıp grubunu tespit ettikten sonra 3 ünite kanı kliniğe teslim ettiğini beyan etmiştir.

**YSS Kararında; Yanlış gruptan kan verilmesi sonucu hasta öldüğünden kan grubunu yanlış tayin eden laborantın 4/8 oranında kusurlu olduğuna oy birliğiyle karar verilmiştir.<sup>16</sup>**

**Örnek Olay 4:** 27 yaşında 7 aylık hamile olan G.R. adlı hasta, erken doğum tehdidi nedeniyle 'oligoamnios' (bebeğin içinde bulunduğu sıvının azalması) tanısı ile doğumevine yatırılmıştır. Takip altına alınan hasta, saat 04.00'da yatağında normal doğumla bebek dünyaya getirmiş, doğum salonuna alınan hastaya Ebe H.A. tarafından müdahale edilmiş, hastanın kanaması olduğu anlaşılınca doktora haber verilmiştir. İncmplet rüptür (rahim kaslarının bütünlüğünün bozulması) tespit edilerek ameliyata alınan hasta, 05.40'da vefat etmiştir.

Serviste görevli olan Hemşire Y.Y. ifadesinde; hastanın saat 03.00'a kadar takibini yaptığını, durumunun normal olduğunu, 03.57'de hastanın sancısı olduğunu beyan ettiğini, doğum salonuna sedye almak için gittiğini, döndüğünde hastanın yatağında spontan (kendiliğinden) ölü bir kız bebek doğurduğunu, hastayı derhal doğum salonuna aldığını, yarım saat sonra hastanın tekrar servise geri gönderildiğini, hastanın tansiyonunun düşük olması ve kanaması olması üzerine tekrar doğum salonuna götürdüğünü, kanamasının devam ettiğini diğer hemşireye ilettiğini, hastayla ilgili tüm takiplerin dosyasına yerleştirdiğini ancak takip fişine kan değmiş olduğundan diğer hemşire tarafından çıkarıldığını beyan etmiştir.

Doğum salonunda görevli olan Ebe H.A ifadesinde; hastanın doğum salonuna getirildiğini, gerekli müdahaleleri yaptığını, hastaya serum taktığını ancak hastanın hiçbir müdahaleyi kabul etmeyerek serumu çıkarttığını, daha sonra hastayı sedyeye alarak yarım saat dinlendirdiğini, bu esnada başka bir hastanın doğumunu yaptırdığını, hastanın kanama kontrolünü yaparak servise gönderdiğini, sonra servis hemşiresi tarafın-

16 Yüksek Sağlık Şurası Toplantı Tarihi : 16-17 Ekim 2003, Toplantı Sayısı : 233, Karar sayısı : 10800.

dan kanama nedeniyle tekrar getirildiğini, doktora haber verdiğini ve hastanın ameliyata alındığını beyan etmiştir.

Doğum salonunda görevli Hemşire A.Ş. ifadesinde; gerekli takip ve tedaviyi yaptığını, hastanın ateşi olduğunu bunu serviste görevli ebeye iletmiş, gerekli müdahaleyi yapmasını söylediğini beyan etmiştir.

***YSS Kararında; 7 aylık spontan doğumlarda uterus rüptürünün olmasının mümkün olmadığından; doğum salonunda görevli Ebe A.Ş. ve Ebe H.A'nın 2/8 oranında kusurlu, ateşi olan enfeksiyonlu hastayı doğum sonrasında yakın takibe almayan hemşire Y.Y.'nin 2/8 oranında kusurlu olduğuna oy birliğiyle karar verilmiştir.<sup>17</sup>***

**Örnek Olay 5:** Erken membran rüptürü (sıvı kesesinin doğum başlamadan yırtılması) ön tanısıyla devlet hastanesine yatırılan M.K. adlı 27 yaşındaki hasta, baş pelvis (leğen kemiği) uygunsuzluğu nedeniyle sezaryene alınmıştır. Anestezi uzmanı olmadığından ameliyata anestezi teknisyeninin katılmıştır. Hastada ameliyat sırasında bradikardi (kalp atımının sayısında azalma) ve hipotansiyon (düşük tansiyon) gelişmiştir. Hasta tekrar entübe (soluk borusuna tüp yerleştirilmesi) edilerek operasyon tamamlanmış, kardiyak arrest (kalp durması) geliştiğinden resüsitasyona başlanılmış ve hasta yoğun bakım ünitesi bulunan bir doğumhanesine anestezi teknisyeni eşliğinde sevk edilmiştir. Diğer hastaneye ulaştığında; hastanın solunumu ve dolaşımı durmuş olduğundan, hasta vajinal kanamalı ölü duhul olarak kabul edilmiştir.

Anestezi teknisyeni M.G. ifadesinde; kadın doğum uzmanı tarafından hastanın acil sezaryene alınması gerektiğinin söylendiğini, anestezi uzmanının o tarihte olmadığını, Dr. C.G.'ye teknisyen olduğunu, sorumluluğu alması halinde hastayı uyutabileceğini, doktorun bunu kabul ettiğini, gerekli imzaları aldığını, hasta yakınlarının anestezi uzmanı olmadığını bildiklerini, uzman doktorun hastayı ambulansla doğum hastanesine götürmesini söylediğini, hastanın ambulansla giderken yolda ex (vefat) olduğunu ve gerekli tüm müdahaleleri yaptığını beyan etmiştir.

Dr. C.G. ifadesinde; M.K.'nin erken membran rüptürü tanısı ile hastaneye yatırıldığını, doğum başlamadığından suni sancı verildiğini, baş-pelvis uyumsuzluğu nedeniyle sezaryene karar verdiğini, hasta ve yakınlarının sevk etmek istenilen hastaneye gitmek istemediğini, anestezi teknisyeni ile operasyona girdiğini, çocuğun canlı doğurtulduğunu, hastanın

<sup>17</sup> Yüksek Sağlık Şurası Toplantı Tarihi : 27-28 Mart 2002, Toplantı Sayısı : 223, Karar Sayısı : 10491.

kanının koyu olduğunu teknisyene söylediğini, oksijen satürasyonunun (kandaki oksijen miktarı) düşmesi üzerine anestezi tüpünün değiştirildiğini, kardiyak arrest geliştiğini, hastanın resüsitasyon ve kalp masajı ile döndürüldüğünü, hemşire ve anestezi teknisyeni eşliğinde hastanın sevk edildiğini belirtmiştir.

### **ATK raporunda;**

1. Sezaryen ameliyatında anestezi süresince verilen anestezi madde ve miktarlarının ölümü meydana getirir nitelikte olduğunun söylenemeyeceği,

2. Olayın oluşu dikkate alındığında, ameliyat sonrası kan sayımı yapılmadığı, kan kaybı hakkında bilgi bulunmadığından ölüm sebebinin tespit edilemediği belirtilmiştir.

***YSS Kararında; Anestezi teknisyeniyle ameliyata girme sorumluluğunu alan Dr. C.G.'nin 2/8 oranında kusurlu olduğuna, entübasyonla ilgili soruna sebep olan Anestezi Teknisyeni M.G.'nin 4/8 oranında kusurlu olduğuna oy birliği ile karar vermiştir.<sup>18</sup>***

### **3. SONUÇ:**

Yapılan istatistiksel çalışmalar ve yargıya yansıyan olaylar incelendiğinde; hekim dışındaki sağlık mesleği mensuplarının tıbbi uygulamalardan doğan sorumlulukları ve bu sorumluluklar nedeniyle adli, tazminat ve disiplin yaptırımları ile yüz yüze kalmaları ihtimalinin hekimler kadar yüksek olduğu anlaşılmaktadır. Akademik çevrelerde sağlık hukuku temalı toplantılar düzenlediğinde diğer sağlık mesleklerinin de kapsama alınması, sağlık hizmeti sunucularında hizmet içi eğitimlere bu konunun eklenmesi, sağlık mesleği mensuplarının lisans/ön lisans eğitimleri sırasında "Sağlık Hukuku" eğitimine meslek uygulamaları kadar önem verilmesi öneriler arasındadır.

18 Yüksek Sağlık Şurası Toplantı Tarihi : 6-7 Ocak 2005, Toplantı Sayısı : 241, Karar sayısı :11017,

## KAYNAKÇA

1. Amberson,J., Medical Professional Liability Insurance Trends in Asia, Asia Pacific Conference, Sydney, 2005.
2. Elbüken B., Sağlık Profesyonellerine Yönelik Tıbbi Uygulama Hata İddiası ile Yüksek Sağlık Şurasına Gönderilen Olguların İrdelenmesi, Marmara üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, Danışman: Prof.Dr.M.Akif İnanıcı (Örnek olaylar, bu tez aşamasında alınan izin doğrultusunda toplanan veriler içerisinden seçilmiştir).
3. Güzel, S., Yavuz, Ş., Aşıröz, M., Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulları ile Yüksek Sağlık Şurası Raporları Arasında Çelişki Bulunan ve Adli Tıp Genel Kurulunda Görüşülen Malpraktis Olgularının İrdelenmesi. Adli Tıp Bülteni, 2002,7(1):14-20.
4. [http://www.npdbhipdb.hrsa.gov/pubs/stats/2002\\_NPDB\\_Annual\\_R\\_eport.pdf](http://www.npdbhipdb.hrsa.gov/pubs/stats/2002_NPDB_Annual_R_eport.pdf) . (Erişim Tarihi: 01.07.2009).
5. Özkaya N., 2002–2006 Yılları arasında Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulunca Görüş Bildirilen Pediatrik Malpraktis İddialarının İncelenmesi ve Tıbbi Hataların Tespiti, İ.Ü.Adli Tıp Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul,2008.Danışman: Prof.Dr.İmdat Elmas.
6. Sağlık Meslek Mensupları Birliği Kanun Tasarı Taslağı,[http://www.ttb.org.tr/data/haber/agustos04/smmb\\_kanunu.doc](http://www.ttb.org.tr/data/haber/agustos04/smmb_kanunu.doc) (Erişim tarihi: 20.07.2011).
7. 6225 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG Tarihi: 26.04.2011, RG Sayısı: 27916.
8. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, RG Tarihi: 23.07.1965, RG Sayısı: 12056, Madde 36.
9. 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, RG Tarihi: 14.4.1928, RG Sayısı: 863.
10. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, RG Tarihi: 12/10/2004, RG Sayısı: 25611.
11. 6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu, RG Tarihi: 31.01.1953, RG Sayısı: 8323.

# **ÖZEL HASTANELER İLE HASTA ARASINDA KURULAN HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMELERİ ve 21.09.2009 TARİHLİ YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI İNCELEMESİ**

**Av. Gültezer Hatırnaz EROL**

Hekim ile hasta arasındaki ilişkide olduğu gibi, özel hastane ile hasta arasında da üç tür hukuki ilişki bulunmaktadır. Bunlar sözleşme, vekâletsiz işgörmeye ve haksız fiil ilişkisidir.<sup>1</sup>

Makalemizde sadece, Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve sözleşmenin ihlali nedeniyle tazminat sorumluluğu; 21.09.2009 T. 2009/13-393 E. 2009/452 K. sayılı, YHGK kararı<sup>2</sup> ışığında incelenmeye çalışılacaktır.

## **ÖZEL HASTANELER İLE HASTA ARASINDA KURULAN HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMELERİ**

### **1. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ**

#### **I. TANIMI**

Özel hastaneye başvuran bir hasta veya kanuni temsilcisi ile yapılan ve özel hastane işleticisinin hem tıbbi hem de diğer mutad edimleri (yatırma, yedirip içirme vs.) yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeye hastaneye kabul sözleşmesi adı verilmiştir. Burada, taraflar dikkate alınarak bir tanımlama yapılmıştır<sup>3</sup>.

Bu sözleşmeyle asıl borçlanılan edim, hastanın bir hastaneye yatırılarak tedavisidir. HHK. m. 1 **“yatırarak tedavi etmek için .....açılan ve açılacak olan sağlık yurtlarından”** söz etmiştir. Hastane işleticisi, tedavi ve diğer edimler yanında hastaya bir barınma yeri borçlanmaktadır. Hasta bu sözleşme ile, belirli bir süre yatırılma, iye ve bakım hizmetlerini isteme imkanı verir<sup>4</sup>.

---

1 Hatırnaz Erol, G., Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Kitabevi, Ankara 2009,

2 Karar, www.Kazancı.com.tr adresinden alınmıştır.

3 Özdemir H., Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara. 2004, s. 51.

4 Ayan M., Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., Ankara 1991, s. 133.

Tedavi kavramı içerisinde hastaya tıbbi yardım ile hastane bakımını sağlama vardır. Tıbbi yardım kişinin beden ve ruhsal yapısındaki hastalıkları, sakatlıkları tanımak ve iyileştirmek veya sağlığı koruma ve geliştirme amacıyla yapılan ve hastane bakım hizmetleri dışında kalan teknik, bilimsel çalışmaların tümünü içerir<sup>5</sup>.

Hastane bakımı ise, hastanın yatırılması; yedirip içirme; tıbbi yardımdan önce, tıbbi yardım sırasında, tıbbi yardımdan sonra gerekli olan tüm hastane hizmetleri vardır<sup>6</sup>.

Hastaneye kabul sözleşmesinden doğan edim yükümlülüklerinin değerlendirilmesi yapılırken sadece sözleşme ile yetinilemez. Bunun yanında Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Hususi Hastaneler Kanunu, Özel Hastaneler Tüzüğü, Hasta Hakları Yönetmeliği gibi düzenlemeler dikkate alınır. Gerek hastane işleticisi gerek hastanede çalışan hekim, diğer iş görme borçlularına göre daha fazla özen göstermek mecburiyetindedirler<sup>7</sup>.

## II. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Hastaneye kabul sözleşmelerinin hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Hizmet sözleşmesi, istisna sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, Kendine Özgü Yapısı Olan (Sui Generis), Özel Durum ve Şartlara Göre Belirlenmesi ve karma sözleşme olduğu görüşleri mevcuttur.<sup>8</sup>

Hastaneye kabul sözleşmesinde, tıbbi tedavi, barındırma, yedirip içirme ve diğer hastane bakımına ilişkin edimler bir araya toplanmıştır. Bu edimlerden tıbbi tedavi ve hastane bakımı vekalet ve hizmet sözleşmesinin; barındırma, kira veya otelcilik sözleşmesinin unsurlarını içinde taşır.

Doktrinde büyük çoğunluk, hastaneye kabul sözleşmesinin, asıl edimi oluşturan tıbbi tedavi ediminin ait olduğu tip yani vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması, diğer yükümlülüklerle ilişkin tipik sözleşme hükümlerinin de mahiyetine uygun düştüğü oranda ait oldukları sözleşmelerin (hizmet, kira) hükümleri kıyasen uygulanması amaca elverişli olacağını düşünmektedirler.<sup>9</sup>

5 Aşçıoğlu Ç., Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluklar: Doktorların Devletin ve Özel Hastahanelerin Sorumluluğu: (Cezai ve Hukuki), Tekişik Ofset Tesisleri Ankara. 1993, s. 118.

6 Aşçıoğlu, Ç., Tıbbi Yardım, s. 118.

7 Ayan, s. 131.

8 Hatırnaz Erol, G., Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Kitabevi, Ankara 2009, 2.baskı, s.28-35

9 Tandoğan, 1/1, 5. Basi, s. 71.,Sarial E., Sağlıklararası Organ Nakillerinden Doğan



Bu görüşleri destekleyen bir Yargıtay kararına örnek verebiliriz. “... davacı anılan davalının önerdiği diğer davalı şirkete ait sağlık tesisinde doğum ve tedavi olmayı kabul etmiştir. Sezeryanla doğum davalı doktor tarafından yapılmıştır. Şu haliyle davacı ile davalı doktor arasında doğrudan doğruya, sağlık tesisi ile de davalı doktorun vasıtasıyla vekalet ilişkisi meydana gelmiştir...” ifadesiyle hekim tarafından hastanın sağlık tesisine getirilmesi ve hastanın zarar görmesi halinde hastane işleticisinin de sorumluluğunu kabul etmiştir. Hasta ile doktor arasında doğrudan doğruya, sağlık tesisi ile de doktorun vasıtasıyla vekalet ilişkisi meydana geldiğini belirtmiştir.<sup>10</sup>

**Vekalet aktinin varlığı için gerekli unsurlar şunlardır.** Aktin konusunu bir iş görmenin teşkil etmesi, iş görmenin zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilememesi rizikosunu taşımaksızın belli bir yönde yapılması ve tarafların herhangi bir şekle bağlı olmaksızın sarih veya zımnî olarak anlaşmalarıdır. Bu unsurlar vekalet aktinin varlığı için yeterlidir.

Hekim hastayı tedavi etmeyi yani maddi bir fiilin yapılmasını borçlanmaktadır ki, bu, BK. m. 386 anlamında bir “İş görme”dir. Hastalığın mahiyeti veya hastanın durumuna göre tedavi ve iyileşme süreci değişiklik göstereceğinden tıbbi müdahalelerin ne kadar süreceğinin kesin olarak tespiti de mümkün değildir. Bu durumlar vekalet aktinin hükümlerine uygun düşmektedir.

Yine BK. m. 386/2’ye göre, “Diğer aktitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur.” düzenlemesi yer alır. Hekim de hastaya karşı bir iş görme edimini borçlanır.

Bu sayılanlar hastaneye kabul sözleşmesine uygulanacak hükümlerin vekalet olması gerektiğini göstermektedir.

**Fakat Borçlar Kanunu 396. maddesi incelendiğinde sırf vekalet hükümlerinin uygulanmasının hasta bakımından sakıncalı sonuçlar doğurabileceği görülebilir. Şöyle ki:**

Hekimle hasta arasında, özel bir güven ilişkisi vardır. Güven unsurunun ağır basması nedeniyle, taraflar, bu güvenin akdin devamı sırasında

Hukuksal ilişkiler Kazancı hukuk Yayınları No: 53, İstanbul. 1986, s. 44., Ayan, s. 143., Özsunay, E., Sözleşmesel Sorumluluk, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Komisyonu, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, 22 Eylül 2006, Yeditepe Üniversitesi, s.2.

10 Y.4.HD. E.2003/1529, K.2003/11279, T.07.10.2003 kararı, (Savaş H., Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları Ceza - Hukuk, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2007, s. 416-418. www.kazanci.com)

ortadan kalkması durumunda herhangi bir hukuki sebep göstermeden ve kural olarak tazminatla yükümlü olmaksızın akdi feshedebilmelidirler. Yargıtay'ın da, "güven unsuru vekalet sözleşmesinin en önemli özelliğini oluşturduğu için, taraflardan her biri sözleşmeyi her zaman feshedebilir." şeklinde bir kararı da mevcuttur. BK. m. 396 "**Vekaletten azil ve istifa her zaman mümkündür.**" şeklinde belirtilmiştir. Hekim ve dolayısıyla hastane hastaya gerekli sağlık hizmetini sunmakla yükümlüdür. Hastanın tedavisi sürerken sözleşmenin istifa veya azil ile sona erdirilmesi hasta bakımından sakıncalı sonuçlar doğuracaktır.

**Kanaatimizce , hastaneye kabul sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenen tipik sözleşmelerde yer alan edimleri içermesi nedeniyle karma sözleşme<sup>11</sup> çeşitlerinden kombine bir sözleşme<sup>12</sup> olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Özel hastanenin sorumluluğuna esas teşkil edecek sözleşmenin hükümleri belirlenirken de sözleşmenin asıl edimi oluşturan tıbbi tedavi ediminin ağır basması nedeniyle sadece vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması sakıncalı sonuçlar doğmasına yol açabilir.**<sup>13</sup>

## 2. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

### I. ÖZEL HASTANE

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununun<sup>14</sup> 1. maddesi hangi hastanelerin özel hastane olabileceğini göstermiştir. Buna göre, "**Devletin resmî hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları hususi hastanelerden sayılır**". Bunların açılma, kullanma, kapanma şartları bu kanunun hükümlerine bağlı olduğunu açık bir şekilde düzenlemiştir.

11 Karma sözleşmelerle ilgili olarak ayrıntılı bilgi için Bknz., Zevkçiler A., Zevkçiler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yenilenmiş 8. Basım, Seçkin Kitabevi, Ankara. 2004, s. 44, Serozan R., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul. 2002, s. 64-67.

12 Kombine sözleşme: Bu akitlerde taraflardan biri çeşitli tiplere ait birkaç edimde bulunma, diğeri ise tek bir edimi yerine getirme, çoğunlukla belli bir akde özgü olmayan bir miktar para ödeme borcu altına girer. Hastane ile yapılan sözleşmede, kira (oda tahsisi), ardarda teslim şartıyla satış (yemek), hizmet (oda temizliği vs.), tedavi veya ameliyat şeklinde kendini gösteren hizmet edimi vardır. Ayrıntı için bkn. Tandoğan H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C./1, Genişletilmiş 5. Basım, İstanbul. 1988, s. 69-71, Zevkçiler, s. 44, Serozan, s. 64-67.

13 Hatırnaz Erol, s.38.

14 RG.: 05.06.1933, Sayı: 2419.

Bu çerçevede özel hastaneler sağlık hizmetlerini tekbir elden planlamak ve yürütmekle yükümlü olan devletin, denetimi altındadır.

Hastaneler yataklı tedavi kurumlarıdır. Ülkemizde yataklı tedavi kurumlarının çalışma esasları Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinde<sup>15</sup> (YTKİY) ayrıntılı olarak belirtilmiştir. YTKİY. m. 4, yataklı tedavi kurumlarını **“Hasta ve yaralıların, hastalıktan şüphe edenlerin ve sağlık durumlarını kontrol ettirmek isteyenlerin, ayakta veya yatarak müşahade, muayene, teşhis, tedavi ve rehabilite edildikleri, aynı zamanda doğum yapılan kurumlardır”** şeklinde tanımlamaktadır. Yataklı tedavi kurumu olarak özel hastaneler (YTKİY)’de yer alan hükümler ile bağlıdır.

Özel hastanelerin kuruluşu ve hizmet vermeleri ile ilgili hükümler Hususi Hastaneler Yasası<sup>16</sup>, Özel Hastaneler Tüzüğü<sup>17</sup> ve Özel Hastaneler Yönetmeliğinde<sup>18</sup> yer almaktadır.

Özel Hastaneler Yönetmeliği<sup>19</sup> özel hastanenin tanımını yapmaktadır. Bu Yönetmelik kapsamına giren gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerine ait olup, ayakta ve yatarak muayene, tahlil, tetkik, tıbbî müdahale, ameliyat, tıbbî bakım ve diğer tedavi hizmetleri verilen ve en az on yatak kapasitesi olan tedavi kuruluşlarını, ifade ettiğini belirtmiştir (ÖHY. m. 4/f)

## II. HASTA

Hasta hakları yönetmeliği<sup>20</sup> hastayı, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı olan kimseler (HHY. m. 4/1) olarak tanımlanmıştır.

Hasta, sağlık ve iyilik halinde olmayıp sağlık hizmetlerinden yararlanma ve sağlık personelinin tıbbi yardımına ihtiyaç duyan kişidir<sup>21</sup>.

15 RG: 13.1.1983, değişiklik RG: 05.05.2005

16 RG: 5.6.1933. Bu kanun özel hastanelerin açılma, kullanma, kapanma şartlarını belirtmektedir.

17 RG: 10.01.1983.

18 RG: 27.03.2002, 13.04.2003 - 14.01.2004 - 03.03.2004 28.5.2004 -21.10.2006 - 15.02.2008 23.07.2008 tarihli RG’lerde değişiklik.

19 RG.: 27.03.2002 tarih, Sayı: 24708.

20 RG: 01.08.1998, S: 23420.

21 İpekyüz, F., Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, 2006, İstanbul, s. 20.

### **3. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ, KURULUŞU, ŞEKLİ**

#### **I. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ**

##### **A. Genel Olarak**

Özel hastaneye teşhis, tedavi, sağlığının kontrolü, korunması vs nedenlerle gelen hasta ile hastane arasında, başvurma anından itibaren özel bir hukuk ilişkisi kurulmaktadır. Özel hastaneler ile hastalar arasındaki sözleşmelere "**Hastaneye Kabul Sözleşmesi**" adı verilmektedir.

Bir hastaneye kabul sözleşmesinden doğan barındırma, yedirip içirme ve diğer bakım hizmetleri hastane işleticisine aittir. Fakat tıbbi tedavi edimi, somut olayın özelliklerine göre bazen sadece hastane işleticisi, bazen hastane hekimi bazen de hem hastane işleticisi hem de hastane hekimi tarafından üstlenilir.

Hastaneye kabul sözleşmeleri, tam hastaneye kabul sözleşmesi, bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi olmak üzere ikili ayırım yapılması uygun olacaktır<sup>22</sup>.

##### **B. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi**

Bu sözleşme türünde hastane işleticisi, tıbbi tedavi ile birlikte barınma, yedirip içirme ve sair hastane bakımı şeklindeki bütün yükümlülükleri taahhüt etmiştir. Hastane, üstlendiği bu görevleri kendine bağlı çalışanlar (hekimler ve diğer sağlık personeli) eliyle yerine getirilir. Burada önemli olan tedaviyi yapacak hekimi hastanenin seçmesidir.

Ancak, tarafların açık iradesi veya somut olayın özellikleri gereğince, tıbbi tedavi ediminin, hastane başhekimisi veya hastane dışında faaliyet gösteren bir hekimce üstlenilmesi mümkündür. Bu durumda, sadece tıbbi tedavi ile ilgili, aynı edim için iki ayrı borç vardır. Bu nedenle tam hastaneye kabul sözleşmesini hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesi ve hekimlik sözleşmeli ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi olarak ikiye ayırabiliriz<sup>23</sup>.

#### **1. Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi**

Hastaneye tam kabul şeklinde yapılan tedavi sözleşmesinin özelliği, tüm tedavi programının hastane tarafından borçlanılmış olmasıdır. Teda-

<sup>21</sup> Ayan, s. 134.

<sup>23</sup> Ayan, s. 134, Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım, s. 118.

vi programı içinde hastane tarafından borçlanılan ana edimi ise; hastanın tedavisinin, tedavi hususunda ehil bir hekime bırakılması teşkil eder<sup>24</sup>. Bütün sorumluluk hastane işleticisindedir.

Bu sözleşme tipinde hasta ve hastane işleticisi arasında sözleşme ilişkisi vardır. Tıbbi tedavi, barındırma ve yedirip içirme gibi bütün edimler hastane işleticisi tarafından üstlenilmiştir. Hasta sözleşmeden doğan yükümlülükleri hastane işleticisinden istemektedir. Sözleşmenin ihlaline dayanan (BK. m. 96) muhatabı hastane işleticisidir. Buna karşılık, bu sözleşme türünde, hasta ve tedaviyi fiilen uygulayacak olan hekim arasında herhangi sözleşme ilişkisi mevcut değildir.

Hekim, bu tedavi bakımından BK. m. 100 gereğince ifa yardımcısı durumundadır. Çünkü, tedaviyi gerçekleştirme borcu, doğrudan hastane işleticisinin yükümlülüğüdür. Hastane işleticisi, sözleşmeyle üstlendiği bu borcun yerine getirilmesini, personeli durumundaki hekime aktarır<sup>25</sup>. Hekimi ifa yardımcısı sayılması, mesleki bağımsızlığını ortadan kaldırmaz. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 6. maddesinin birinci fıkrasına göre **“Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder”** düzenlemesi yer alır.

Hasta tıbbi tedavi ediminin yerine getirilmesi sırasında gerek hekim gerekse diğer yardımcı personelin eylemleri yüzünden uğradığı zararların tazmini için, hastane işleticisi aleyhine BK. m. 100 gereğince dava açabilir. Hekimin sözleşmeye aykırılığı yaratan zarar verici davranış aynı zamanda haksız fiil niteliği de taşıyorsa, hastanın, BK. m. 55 gereğince dava açması da mümkündür.

Aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, hastanın, sözleşmenin ihlali iddiasıyla, hekim aleyhine dava açması mümkün değildir. Hasta, hekimi, şartları var ise sadece BK. m. 41 ve devamı gereğince haksız fiil hükümlerince sorumlu tutabilecektir. Yine tedaviyi icra eden hekim de hastaya karşı sözleşmeden doğan herhangi bir talep örneğin ücret isteye-meyecektir<sup>26</sup>.

Tüzel kişi hastane ise MK. m. 50 veya BK. m. 96 ve BK. m. 100 hükümlerine göre sorumlu olabilecektir.

24 Sarial E., Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, s. 89.

25 Özdemir, s. 94, Ayan, s. 135.

26 Ayan, s. 135-136.

## 2. Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Hastaneye tam kabul sözleşmesinin, tedaviyi yürütecek olan hekim ile yapılmış bulunan ilave hekim sözleşmesini de içine alacak şekilde kurulabilir. Bu neviden ilave hekim sözleşmesinin tarafı olan hekim, hastanede istihdam edilen bir hekim olabilir. Bu hekim yapılmış bulunan sözleşme ile, yüklenilen tedavinin yapılması hususunda bir müdahale hakkını haiz olur. Yapılmış olan bu ek sözleşmeye rağmen hastanenin sahibi, özellikle tıbbi bakım borcunun ifasında olduğu gibi, hastaneye kabulün gerektirdiği tüm edimleri ifa etmeye mecburdur. Ayrıca nezaret, talimat ve kontrol borçları da hastane sahibi üzerindedir. Hastanın ameliyat edilmesinde; hastane sahibi ve hekim “bölünemeyen bir edimi (aynı edimi) borçlanmış olmakla”, sorumluluk gerektiren bir durum ortaya çıktığında, sorumluluğun kaynağı aynı sebebe dayandırılabilir<sup>27</sup>.

**Tıbbi tedavi, barındırma, yedirip içirme ve sair hastane bakımı şeklindeki bütün edimler hastane işleticisi tarafından üstlenilmiştir. Ancak tıbbi tedavi ediminin ifası bakımından, hastane işleticisi yanında hastane hekiminin de akti sorumluluğu vardır. Yani hasta, hastane işleticisinin tam hastaneye kabul sözleşmesine ek olarak hastane hekimi ile de ayrı bir sözleşme yapmaktadır. Tedavi sözleşmesinin tarafı olan hekime, hastane işleticisine ödenecek olandan bağımsız bir ücret hakkı tanınmaktadır. Hastane işleticisi ile hekim arasında tedavi edimi bakımından müteselsil borçluluk ilişkisinin bulunduğu kabul edilmektedir. Tedavi borcunun kusurlu olarak ihlal edilmesi halinde, hastane işleticisi ve hekimi ayrı veya birlikte sorumlu tutulur<sup>28</sup>.**

Hastane işleticisinin sorumluluğunun hukuki dayanağı hastaneye kabul sözleşmesi, hekimin akdi sorumluluğunun temeli ise tedavi sözleşmesidir. BK. m. 395/2'ye göre, “**Müteaddit kimseler, vekaleti birlikte kabul etmişler ise müvekkelünbihi yapmakla müteselsilen mes’uldürler...**” hastane işleticisi ve hekim de, tıbbi tedavi ediminin yerine getirilmesi bakımından aynı işin görülmesini üstlenmiş birden fazla vekil tarafından üstlenilmektedir.

Sözleşmeye aykırılık aynı zamanda haksız fiil niteliği de taşıyorsa, hastanın, hastane işleticisi ile hekimi BK. m. 41 ve devamı maddelerine istinaden sorumlu tutulması da mümkündür. Baş hekimin, hastaya karşı tedavi sözleşmesi nedeniyle sorumlu olması, hastane işleticisinin BK. 100. maddesi çerçevesinde sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Çünkü

27 Sarıal, s. 90.

28 Ayan, s. 136.

hekim, tedavi sözleşmesinden doğan tedavi sözleşmesinden doğan borcunu ifa ederken, aynı zamanda hastane işleticisinin ifa yardımcısı olarak davranır. Yani hekimin tedavi faaliyeti, hem tedavi sözleşmesinden doğan kendi borcunun hem de tam hastaneye kabul sözleşmesinden hastane işleticisi için doğan tıbbi tedavi borcunun ifası niteliğindedir<sup>29</sup>.

### C. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Hastanın tarafı olduğu iki ayrı sözleşme vardır. Birincisi, hastane işleticisi ile barındırma, yedirip içirme ve diğer bakım hizmetleri için yapılmış hastaneye kabul sözleşmesidir. İkincisi, karşı tarafını hekimin oluşturduğu tedavi sözleşmesidir. Hasta iki ayrı sözleşme ilişkisine girdiğinin bilincinde olmalıdır. Tıbbi tedavi bakımından hastane işleticisinin herhangi bir sorumluluğu yoktur. Bu nedenle hekim, hastanenin ifa yardımcısı değil kendi borcunu ifa eden kişi durumundadır<sup>30</sup>.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinde tıbbi yardımı (tedaviyi) hekim üstlenmiştir; hastanenin tıbbi yardımla ilgili bir yükümlülüğü yoktur. Hastanenin sorumluluğu hastane bakımı ile sınırlıdır. Hekimin tıbbi müdahale veya tedaviyi gerçekleştirdiği hastanenin, tıbbi müdahale veya tedavi için gerekli tıbbi imkanları sağlamamış olduğu durumlarda hastanenin de, hastanın uğradığı zararlar için organizasyon kusuru nedeniyle sorumlu kılınabilmesi mümkündür<sup>31</sup>.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde sorumluluğa yol açması gereken bir zarar meydana geldiğinde; hem hastane ve hekimin davranışı yönünden hem de yardımcı kişinin davranışı yönünden, zararlı neticeye sebep olan davranışın kimin borç çevresi içinde bulunduğu tespit edilip hekim veya hastaneyi yalnız başına sorumlu tutmak icap edecek, bu tespit yapılmadığında hekim ve hastanenin birlikte sorumluluğu kabul edilecektir<sup>32</sup>.

29 Ayan, s. 137.

30 Ayan, s. 137, Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım, s. 119.

31 Özsunay, s.4.

32 Sarıal, s. 117, Birlikte sorumluluk ile ilgili olarak Yargıtay bir kararında "...davacı anılan davalının önerdiği diğer davalı şirkete ait sağlık tesisinde doğum ve tedavi olmayı kabul etmiştir. Sezeryanla doğum davalı doktor tarafından yapılmıştır. Şu haliyle davacı ile davalı doktor arasında doğrudan doğruya, sağlık tesisi ile de davalı doktorun vasıtasıyla vekalet ilişkisi meydana gelmiştir. Burada davacı, davalı şirketin olanaklarını bu bağlamda hizmet, sağlık aletleri gibi olguları gözeterek bu yeri seçmekle ve tesisinde kabul etmesiyle aralarında tarafları bağlayıcı bir hukuki ilişki kurulmuş bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla davalı şirket, diğer davalı doktorun yapacağı doğum ve tedavinin istenen biçimde sonuçlanacağını ve bu konudaki tüm olanakları sağlayacağını vekaleten kabul etmektedir. Şu durumda davalı doktorun tedavi hatasından da meydana gelse, zarardan davalı şirket doktorla birlikte sorumludur.....". ifadesiyle hekim tarafından

**Hukumumuz bakımından, hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesinin asıl olduğu kabul edilebilir.**

Çünkü, özel hastaneye yatırılarak tedavi talebinde bulunan bir hasta, genelde bütün yükümlülüklerin hastane işleticisi tarafından üstlenilmesini isteyecektir. Akit serbestisi gereğince diğer hastaneye kabul sözleşmesi tiplerinden herhangi birinin seçilmesi de mümkündür. Ancak, hastanın ve muhatabının bu yöndeki iradelerini açıkça ortaya koymaları zorunludur. Böyle bir durumda bile görülmesi ihtimali en yüksek olan sözleşme, serbest çalışan bir hekimin hastasını yatırmak için hastaneye başvurması üzerine yapılacak olan bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesidir<sup>33</sup>.

**II. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU**

Hastaneye kabul sözleşmesinin kuruluşu da genel esaslara tabidir. BK. m. 1/II göre, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasında bulunmalarıyla sözleşme kurulmuş olur. Sözleşme serbestisi geçerlidir. Üstü örtülü irade beyanıyla (zımnen) kurulması da mümkündür. Hasta, yatırılmak istediği hastaneyi serbestçe seçebilir. Özel hastane de, hastayı kabul edip etmemekte kural olarak serbesttir (TDN. m. 18). Hasta da istediği özel hastane ile sözleşme yapıp yapmamakta muhtardır (TDN. m. 5)<sup>34</sup>. Ancak, BK. m. 387<sup>35</sup> burada da etkisini gösterir ve hasta tarafından yapılan bir tedavi talebi derhal reddedilmezse sözleşme kurulmuş sayılır.

Özel hastanenin faaliyeti hem hasta tedavisini gerekli kılan bir faaliyettir; hem de, hastanenin açılarak hizmete sunulması, bu gibi işleri kabul edeceğini ilan anlamına gelir. HHK. m. 32. cümle, zaruret hallerinde hastayı kabul ve tedavi zorunluluğu getirmiştir. Gerçekten, söz konusu hükme göre, “Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir.

---

hastanın sağlık tesisine getirilmesi ve hastanın zarar görmesi halinde hastane işleticisinin de sorumluluğunu kabul etmiştir. Hasta ile doktor arasında doğrudan doğruya, sağlık tesisi ile de doktorun vasıtasıyla vekalet ilişkisi meydana geldiğini belirtmiştir. Y. 4. HD. 2003/1529 E., 2003/11279 K., T., 07.10.2003 kararı, (Savaş, H., Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları Ceza - Hukuk, Ankara, 2007,s. 416-418).

33 Ayan, s. 139.

34 Ataberk, s. 647.

35 Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 508. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıntı için bkn. Yavuz, Tasarı, s. 551-552.



Tarafların ehliyetleri açısından da genel hükümler uygulanır. Tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetler hastaneye kabul sözleşmesini tek başlarına; sınırlı ehliyetsizler ise kanuni temsilci vasıtasıyla yapılırlar.

Uygulamada aktin zımni irade beyanı ile de kurulabileceği kabul edilmektedir. Hasta veya kanuni temsilcisi, özel hastanenin sundukları imkanlardan hiçbir randevu veya isim yazdırma yapmadan hastalıklarının özelliğine göre ilgili birime başvurmaları durumunda, sözleşmenin kurulması için icap ve kabul unsur olmaktan çıkar<sup>36</sup>. İlişki başlatılınca, icabın susma ile kabul edildiği ve bu suretle ilişkiye katılanın da iradesinin bulunduğu ileri sürülmekte<sup>37</sup> ve böylece, sözleşme kurulmuş olmaktadır.

### III. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Borçlar kanununun kabul ettiği sözleşme özgürlüğü şekil serbestisini de kapsar. BK. m. 11/1 hükmüne göre **“Aktin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir”**. Kanun’da vekalet sözleşmesi için geçerlik şartı olarak herhangi bir şekil öngörülmüş olmadığından, bu sözleşmenin kurulması konusunda da şekil serbestisi kuralı kabul edilir<sup>38</sup>. Tarafların birbirlerine karşılıklı irade beyanlarını açıklamaları ile sözleşme kurulur. Hastanın özel hastaneye başvurması, hastanın durumuna göre ilgili bölüme yönlendirilmesi, muayene işlemlerine başlanması ile sözleşme kurulmuş olur. Aktin geçerliliği için irade beyanlarının belirli bir şekilde açıklanması gerekmez.

### HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

#### 4. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARININ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

##### I. GENEL OLARAK

Hastaneye kabul sözleşmesinde, bir tarafta özel hastane diğer tarafta hasta bulunmaktadır. Hastane işleticisi için doğan asıl borç, hastanın tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde tedavisini gerçekleştirmektir. Ayrıca hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, kayda geçirme (arşivleme) ve sır saklama gibi yan yükümlülükleri de mevcuttur. Bunlara ilave olarak, hastayı yatırma (barındırma), yedirip içirme (iaşe), hastane tekniğini uygulama, hasta tarafından teslim edilen eşyaları muhafaza etme şeklinde bir kısım borçları da vardır.

36 İnal T., Türk Hukukunda Borcun Kaynakları, Borca Aykırılık ve Sonuçları (Yayınlanmamış Doktora Tezi), s. 29.

37 Seliçi Ö., Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 42-42 dnp. 132.

38 Tandoğan, C. II, s. 390.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde ise, hastane işleticisi için sadece genel hastane bakımı sağlama yükümlülüğü vardır. Tıbbi tedavi borcu hekimin üzerindedir<sup>39</sup>.

## II. ÖZEL HASTANENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

- A. Hastanın Tıbbi Teşhis ve Tedavisini Sağlama Yükümlülüğü
- B. Hastanın Aydınlatılması Yükümlülüğü
- C. Hastanın Rızasının Alınması Yükümlülüğü
- D. Sadakat ve Özen Yükümlülüğü
- E. Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü
- F. Hastane Bakımını Sağlama Borcu

## III. HASTANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

- A. Ücret Ödeme Yükümlülüğü
- B. Hastanın Gerekli Bilgi ve Belgeleri Verme, Hekim tarafından verilen talimat ve tavsiyelere uyma Yükümlülüğü

## 5. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMELERİNDE HUKUKİ SORUMLULUK

### I. GENEL OLARAK

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri, edim yükümlülükleri ile yan yükümlülükleri içerir<sup>40</sup>. Borçlu, bu yükümlülüklere uygun hareket etmek, bunların gereklerini yerine getirmek ve söz konusu yükümlülükleri ihlal etmemek zorundadır. Bu yükümlülüklerin ihlali sözleşmenin ihlalini ifade eder<sup>41</sup>.

Hasta ile hastane işleticisi arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. İspat külfeti hastadadır. Hastaneye kabul sözleşmesi adı verilen karma hukuki nitelikli bu sözleşmeye, esas itibarıyla vekalet hükümleri uygulanır. Yan yükümlülüklerin dahil olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümler de uygulanabilecektir<sup>42</sup>.

Sorumluluğun ve dolayısıyla tazminat yükümlülüğü doğabilmesi için, öncelikle hasta ile hastane arasında kurulmuş bir sözleşmenin varlığı ve

39 Ayan, s. 145.

40 Kılıçoğlu M.A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara. 2003, s. 18 vd., Eren F., Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 8. Baskı, Beta Basım, İstanbul Ekim 2003 (Eren, C. I, II.), s. 28-29.

41 Özdemir, s. 145.

42 Ayan, s. 149.

sözleşmeye aykırı hareket edilmiş olması gerekir. Sözleşmeye aykırılık, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi ya da hiç ifa edilmemesi BK. m. 96'ya göre sözleşmeye aykırılığın tipik unsurlarıdır<sup>43</sup>. Ayrıca borç yükümlerinin borçlunun kusurlu bir davranışı sonunda ihlal edilmesi ve ihlalden alacaklının zarar görmesi ve zararlar ihlal arasında illiyet bağının olması gerekir.

Borç ilişkisinden ve özellikle sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinin ifasının sonradan kusurlu olarak imkansız hale gelmesi, kusurlu ifa imkansızlığını oluşturur. Kusurlu ifa imkansızlığı, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra borçlunun kusurlu bir davranışı yüzünden edimin, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesinin mümkün olmamasıdır<sup>44</sup>. Özel hastane, hasta veya kanuni temsilcileriyle yaptıkları sözleşmeden sonra kendi kusurlu davranışlarıyla sözleşme ile borçlandıkları edimleri yerine getiremeyebilirler.

## II. SÖZLEŞMENİN İHLALİ

### A. Kötü İfa-Malpraktis

Edimin borç ilişkisindeki niteliğine uygun olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmemesine, kötü ifa denilir. Kötü ifada borçlu bir ifade veya ifa teşebbüsünde bulunmaktadır. Ancak bu ifa borçlanılan ifanın niteliklerine uygun bir ifa olmaktan uzaktır.

Özel sağlık kurumu olan özel hastanenin sözleşmeden kaynaklanan edim borçları olumlu edim borçlarıdır. Özel hastanenin asıl borcu hastanın tıbbi teşhis ve tedavi tedavisini gerçekleştirmek ve ayrıca hastane bakımını sunmaktır. Özel hastane hastaya karşı bir iş görme borcu yüklenmiştir<sup>45</sup>. Vekil vekalet sözleşmesinden kaynaklanan iş görme borcunu iyi bir surette ifa ile yükümlüdür (BK. m. 390/II). Vekilin iş görme edimini yerine getirirken göstermesi gereken ihtimamın derecesi işçinin sorumluluğuna ait hükümlere göre tespit edilecektir (BK. m. 390/I)<sup>46</sup>.

Özel hastane, hastaya karşı borcunu yerine getirirken özenle davranmak zorundadır. Hastane edimini yerine getirirken yüklenmiş oldukları, özenden ayrılırlarsa bir nitelik eksikliği söz konusu olacaktır ve bu tür davranışlar kötü ifaya yol açacaktır.

43 Ayan, s. 63.

44 Eren, C. I, II., s. 1026.

45 Eren, C. I, II., s. 1039.

46 Özdemir, s. 149

Tıp alanında, özel hastanelerin edimlerinin nitelik eksikliği yani kötü tıbbi uygulaması **Malpraktis** olarak isimlendirilir. Malpraktis; teşhis ve tedavi hizmetlerinin sunumu sırasında, sözkonusu hizmetleri yerine getirenlerin yanlış uygulamaları neticesinde bir zararın husule gelmesini ifade etmektedir<sup>47</sup>.

Malpraktis neticesinde, ölümden kalıcı sakatlığa kadar gidebilen ve telafisi mümkün olmayan zararların yanında hasta ve yakınları üzerinde kısa ve uzun vadeli olumsuzluklar oluşturabilmektedir.

Teşhis ve tedaviyi uygulayacak hekimin bilgi noksanlığı, dikkatsizliği, muhakeme hataları da malpraktisi oluşturan nedenlerdendir.

Malpraktis, özel hastanelerde hekim vasıtasıyla asli edimleri olan teşhis, tedavi, hastane bakımını gerçekleştirirken, hastanenin gerek donanım ve organizasyonundaki gerekse hekimlerin tıp bilimini uygularken dikkatsizlik, bilgi noksanlığı, acemilik vb. nedenlerden dolayı hastaya zarar verilmesi olarak ortaya çıkmaktadır. Malpraktis, gereği gibi ifa etmemenin bir alt dalı olan kötü ifanın tıptaki görünüm şeklidir.

### **B. Yan Yükümlülüklerin İhlali-Hasta Haklarının İhlali**

Özel hastane ile hasta arasında yapılan sözleşmede, edimin ifa edilmesine yardımcı, yan edimler; aydınlatma, hastanın rızası, sadakat ve özen, sır saklama, kayda geçirme yükümlülükleridir. Söz konusu edimler asıl borcun yerine getirilmesine yardımcı olurlar.

Bu sayılan yan yükümlülükler aynı zamanda hasta hakları olarak da karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle bu yükümlülükleri ihlal eden hastane ve ifa yardımcısı hekim hasta haklarını da ihlal etmiş olur bu nedenle de sorumluluğu olur.

Bu yükümlülüklerden en çok ihlal edileni aydınlatma yükümlülüğüdür<sup>48</sup>. Aydınlatma yükümlülüğünün hastaya karşı yapılmaması<sup>49</sup>, has-

47 Güleç R.A., Malpractis (Kötü Tıbbi Uygulama), Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, S: 53, 2000, s. 14.

48 Aral F., Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, Doktora Tezi Ankara. 1985, 108 vd.), Eren, C. I, II., s. 1039.

49 "...Davalının rızasının bulunduğu kabul edilse dahi, açıklanan şekilde gerçekleştirilecek muayenenin muhtemel sonuçları davacıya bildirilmemiştir. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği adli tıp raporunda belirtilmiştir. O halde nadiren de olsa böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği davacıya bildirilmeli idi. Olayımızda davalı doktor, aydınlatma ödevini yerine getirdiğini ispat edememiştir. Olayın özelliği davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir." (Y. 4. HD., 07.03.1977 T., E. 6297/K. 2541 naklen Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım, s. 30).

tanın veya kanuni temsilcisinin rızasının alınmaması<sup>50</sup>, veya söz konusu edimler yerine getirilirken özenli bir şekilde davranmama<sup>51</sup> asli borcun sözleşmede kararlaştırılan şekilde yerine getirilmemesine neden olur. Bu ayrıca kötü ifa yani tıptaki karşılığı Malpraktise de sebebiyet verir.

İfaya yardımcı yükümlülükler, bağımlı yükümlülükler olduğu için bunların ihlalleri halinde ifa davası değil ancak tazminat açılabilir<sup>52</sup>

İfa etmemenin bir diğer türü koruma yükümlülüklerinin ihhalidir. Koruma yükümleri, MK. m. 2'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralından kaynaklanır<sup>53</sup>. Sözleşmenin ifasında hatta ifadan sonra da geçerli olan yükümler, sır saklama, sadakat ve kayda geçirmedir. Özel hastanede hastaya ait sırları ve belgeleri kayda geçirip saklamak ve hastanın izni olmadan başkalarına açıklamamakla yükümlüdürler. Aksi hal özel hastanenin sorumluluğunu gerektirir.

### III. KUSUR

Kusur hukuk düzeni tarafından hoş görülmeyip kınanan bir davranış biçimidir<sup>54</sup>. Diğer bir ifade ile, benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan ve ayrılan davranış biçimidir<sup>55</sup>. Hastane işleticisinin sözleşmeye dayalı bir sorumluluğunun varlığı için, sözleşmenin ihlali yanında kusurlu olması da gerekir.

Kusur, kast ve ihmâl şeklinde ortaya çıkabilir. Fakat kasıtlı davranışlar istisnadır. Örneğin, yüksek bir tedavi ücreti elde etmek amacıyla gereksiz bir tıbbi müdahalede bulunulması; aydınlatılmış rıza alınmaksızın hasta üzerinde yeni bir tedavi yöntemi uygulanması; daha az masraflı olduğu için riskli ve başarı şansı daha az bir tedavi yönteminin seçilmesi verilebilmesi davranışları gösterilebilir<sup>56</sup>. Kast, hukuka aykırı sonucun borçlu tarafından bilerek istenmesidir<sup>57</sup>.

50 "...Davacı, davalı doktora böbrekteki taşı ameliyatla almak üzere izin vermesine rağmen, yaptığı ameliyat sırasında rızası olmadan böbreğinin tamamen almak suretiyle kendisini bu uzuvdan haksız yere mahrum etmesinden dolayı duyduğu elem ve teessüre karşılık... lira tazminat talep etmiştir. (Y. 4. HD., 05.03.1971 T., E. 1970/10853, K. 2096 naklen Aşçıoğlu, Tez, s. 30).

51 "...Basit bir parmak muayenesiyle biyopsi yapmadan, rektum kanseri teşhisi konularak gereksiz yere yapılan ameliyat sonucu ömrünün sonuna kadar, büyük abdestini karnından yapmak zorunda bırakılmasında davalı doktor kusurludur. (YHGK., 16.02.1972 T., E. 1971/4-137, K. 105 naklen Aşçıoğlu, Tez, sh: 76)

52 Aral, s. 118 vd., Eren, C. I, II., s. 1040.

53 Eren, C. I, II., s. 1040.

54 Tandoğan H., Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara, 1981 (Tandoğan, Mes'uliyet), s. 45.

55 Kılıçoğlu, s. 199, Eren, C. I, II., s. 1050, Ayan, s. 101.

56 Ayan, s. 163.

57 Kılıçoğlu, s. 200, Eren, C. I, II., s. 1050.

Kusurun en fazla görülen şekli ihmaldir. İhmal, hukuka aykırı sonucu istememekle beraber böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özeni göstermemesidir.<sup>58</sup> Aynı alanda faaliyet göstermekte olan ortalama düzeydeki bir özel hastaneden benzer hal ve şart altında beklenen standartlar ölçü alınmalıdır. Ortalama düzeydeki bir hastanede bulunması gerekli vasıflar belirlenirken, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ve 5747 sayılı Özel Hastaneler Tüzüğü'nün ilgili hükümleri dikkate alınacaktır.

Yaşanan olayın özelliklerine göre ortalama düzeydeki bir hastaneden beklenen özeni göstermemiş olan hastane işleticisi ihmalkar davranmış sayılır. Asıl olan, özenli bir hastane işleticisinin, gerek tıbbi tedavi yükümlülüğünü gerekse hastane bakımını ifa ederken tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde hareket etmesidir<sup>59</sup>.

Kusurun ağırlığı, sadece ödenecek tazminat miktarının hesaplanmasında etkili olur (BK. m. 43/1).

Özel hastane, BK. m. 98/1'e çerçevesinde her türlü kusurdan sorumludur. Çünkü BK. m. 96 gereğince borçlunun (hastanenin) kusurlu olduğu varsayılır. Aksini, yani kusurlu olmadığını ispat yükü borçlunun üzerindedir<sup>60</sup>. Yani hasta, hastane işleticisinin kusurunu ispat etmek mecburiyetinde değildir. Onun kusurlu olduğu varsayılır (BK. m. 96). Hastane işleticisi, somut olayın özelliklerine göre kendisine herhangi bir kusur isnat edilemeyeceğini ispatlamalıdır. Bu sonuç, hastanelerde yapılan tıbbi müdahalelerin yol açtığı akti sorumluluk bakımından pratikte fazla önem taşımayacaktır. Zira, bu tıp müdahalelerde zararı doğuran davranışların büyük kısmının faili hastane personelidir..

#### **IV. ZARAR**

##### **A. Genel Olarak**

Borçlar Kanunu gerek 41. maddede gerekse 96. maddede zarardan söz etmiş olmakla beraber bu kavramı tanımlamamıştır. Doktrin ve uygulamada zarar kavramı geniş anlamda zarar ve dar anlamda zarar olmak üzere iki farklı şekilde tanımlanmaktadır<sup>61</sup>. Geniş anlamda zarar, kişinin malvarlığına ilişkin bir zarar olan maddi zarar ile kişinin şahıs varlığına

<sup>58</sup> Kılıçoğlu, s. 201.

<sup>59</sup> Ayan, s. 164.

<sup>60</sup> Köprülü, s. 598.

<sup>61</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. baskı, Filiz kitapevi, İstanbul. 1993, s. 547, Kılıçoğlu, s. 190, Tandoğan, Mesuliyet, s. 63.

ilişkin zarar manevi zarar ifade edilmek istenmektedir. Dar anlamda zarar kavramı sadece maddi zararı kapsamaktadır.

Hastane işleticisinin sözleşmenin ihlalinden sorumlu olması için bir zararın oluşması gerekir. Maddi zarar içine, fiili zarar kadar kazanç kaybı da dahildir. Manevi zarar ise, sözleşmeye aykırı davranış neticesinde kişilik hakkı saldırıya maruz kalan hastanın hissettiği acı ve ızdıraplar, yaşama sevincinin azalmasıdır. Hastane işleticisi maddi ve manevi zararları tazmin etmekle yükümlüdür.

Maddi ve manevi zararın varlığını ispat hastaya düşmektedir<sup>62</sup>. Fakat zararı ispatlamak oldukça güç olduğundan, “hastaya ilk görünüş ispatı”nın yardımcı olacağı kabul edilmektedir. Yani hastanın normal hayat tecrübelerine göre böyle bir zararın meydana gelebileceğini kanaat verici bir şekilde ortaya koyması yeterli görülmektedir<sup>63</sup>.

## **B. Zarar Çeşitleri**

### **1. Maddi Zarar**

#### **a. Tedavi Giderleri**

Yeniden yapılacak, teşhis ve tedavi, ameliyat, doktor, ilaç, hastane, yatak, ulaştırma ücretleri ile geçici olarak bir yerde dinlenme, kaplıca, protez, yardımcı, hizmetçi ve özel diyet masrafları olabilir. Tedavi giderleri estetik ameliyatlara için yapılan masrafları da kapsar<sup>64</sup>.

#### **b. İş gücü Kaybı**

Kişinin beden bütünlüğünün, özel hastanede gerçekleştirilen tıbbi edim sırasında bozulmasıyla çalışma gücünün geçici veya devamlı kaybı şeklinde olmaktadır<sup>65</sup>.

#### **c. Destekten Yoksun Kalma**

Borçlar Kanunu 45. maddesinin 1. fıkrası, “Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları taktirde onların bu zararının da tazmin edilmesi gerekir” hükmünü getirmiştir. Bu hükme göre, ölüm ile üçüncü kişilerin maddi zararlarının tazmini hedeflenmiştir. Kapsamı, genel olarak “ölenin yardımından mahrum kalanlar” olarak

62 Ayan, s. 165, Özdemir, s. 170.

63 Ayan, s. 110.

64 Y. 4. HD., 27.03.1979 T., E. 13013/K. 4136 naklen, Aşçıoğlu, Tez, s. 90.

65 “... BK. m. 46/1'deki 'bütün zararlar' deyimini çok kapsamlı olup yardımcı ve hizmetçi için ödemek zorunda kalınan giderleri de kapsar.” (Y. 4. HD., 25.09.1979 T., E. 2093/K. 7151, naklen, Aşçıoğlu, Tez, s. 90).

belirtilmiştir. Destek, ölüm anında eylemli olarak var olacağı gibi (ana, babanın çocuklara; eşlerin birbirine desteği), ileride yardımın yapılmasının kuvvetle muhtemel ilişkilerde de (varsayımlı; farazi destek) kabul edilmektedir<sup>66</sup>.

## 2. Manevi Zarar

Manevi zarar bir kişinin şahsiyet haklarına yapılan hukuka aykırı bir tecavüz dolayısıyla bir kimsenin duyduğu bedensel ve manevi acı, ıstırap, hayat zevkinde azalmadır<sup>67</sup>. Manevi tazminatın amacı zarar şahsın uğramış olduğu zararı, acı ve üzüntüleri dindirecek veya hiç olmazsa azaltacak bir tatmin sağlamaktır.

BK. m. 47, vücut bütünlüğü ihlal edilen kimseye veya adam ölmesi halinde ölenin yakınlarına manevi tazminat ödenmesi konusunda hakime bir taktir hakkı vermiştir. BK. m. 47'ye girmeyen hallerde BK. m. 49 devreye girecektir. Tıbbi sorumluluk alanında özel hastane sır saklama yükümlülüğünü ihlal ederek hastanın dosyalarını hastanın rızası olmadan başkalarının tetkikine izin vermesi durumunda hasta bu madde hükmüne dayanarak manevi tazminat talebinde bulunabilir.

## V. İLLİYET BAĞI

Özel Hastane ve dolayısıyla hekimin hukuki sorumluluğunun şartlar arasında illiyet bağı büyük önem taşır. İlliyet bağı, hukukta, ortaya çıkan zararlar, sorumluluğun bağlandığı davranış ya da olay arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eder<sup>68</sup>.

Zarar ile sözleşmenin ihlali arasında uygun illiyet bağı yoksa, hastane işleticisinin sorumluluğundan bahsedilmez.

## 6. HUKUKİ SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

Hastane işleticisinin sorumluluğu, kural olarak, hastaya, uğramış olduğu zararlar için belirli bir miktar tazminat ödemek şeklinde ortaya çıkar. Kusurlu olduğuna karar verilen hastane, hastanın, hem maddi hem de manevi zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür<sup>69</sup>.

Genellikle, hastaya maddi tazminat ödemesi gerekir. Maddi tazminatın kapsamına, ilave tedavi masrafları, çalışma yeteneğinin kaybı ve dola-

66 Özdemir, s. 171.

67 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 655, Kılıçoğlu, s. 191, Tandoğan, Mesuliyet, s. 330.

68 Eren, C. I, II, s. 503, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 567, Tandoğan, Mesuliyet, s. 71.

69 Reisoğlu, Sempozyum, s. 15.



yısıyla iktisadi geleceğin sarsılmasından doğan zararlar girer<sup>70</sup>. Yargıtay bir kararında, özel hastanede çalışan hekimin yanlışlıkla verdiği iğnenin meydana getirdiği tahribat sonucu davacının uzuv kaybı dolayısıyla uğramış olduğu zararlarının tazminine karar vermiştir<sup>71</sup>.

Hasta ölmüşse, geride kalan yakınları da destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilirler (BK. m. 45)<sup>72</sup>.

Hasta uğradığı zararın gerçek miktarını ispat etmekle yükümlüdür (BK. m. 42/1). Hastanın bunu ispatlaması güçtür. Bu nedenle, hakim, somut olayın özelliklerini göz önüne alarak hastaya ödenecek tazminatı belirler (BK. 98/II, BK. m. 42/II). Hastanın özel hastaneye yanlış bilgi vermesi, hekim talimatlarına uygun hareket etmemesi, tehlikeli olduğu önceden bildirilen bir müdahaleye razı olma gibi ortak kusuru da dikkate alınarak tazminat miktarında indirim yapılabilir (BK. m. 44).

Hastane işleticisi, somut olayın özelliklerine göre, hastaya manevi tazminat da ödemek zorundadır. Bu açıdan akti ve akit dışı sorumluluk arasında fark yoktur. Beden bütünlüğünün ihlalden kaynaklanan manevi tazminat talepleri BK. 47. maddesine, bedeni zarara uğrama ve ölüm dışındaki diğer manevi tazminat talepleri ise BK. 49. maddesine dayandırılır<sup>73</sup>. BK. m. 47 ve BK. m. 49 maddeleri MK. m. 24'te düzenlenmiş olan kişilik hakkının korunmasına uygulama teşkil etmektedir<sup>74</sup>.

Bu hallerde de, ispat yükü hastanın üzerindedir (BK. m. 98/II, 42/II). Tazminat miktarı belirlenirken, hastanın ortak kusuru da indirim sebebi olarak nazara alınır<sup>75</sup>.

Hasta hakları yönetmeliği de ilgili maddelerinde (42, 43/I,47/b maddeleri) hasta haklarının ihlali halinde sorumluluk ve hukuki korunma yollarını düzenlenmiştir.

## 7. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

Hastaneye kabul sözleşmesi, genellikle vekalet sözleşmesinin hukuki niteliğine uygun olduğu için, sözleşmesinin sona erme sebeplerini vekalet sözleşmesinin sona erme sebeplerini dikkate alarak (BK. m. 113 ve BK. m. 396-397) inceleyebiliriz.

70 Kılıçoğlu, s. 433, Ayan, s. 121.

71 Özdemir, s. 182'den naklen, Y. 13. HD., 09.11.1999 T., E. 2000/9590-K. 964 (Yayınlanmamıştır)

72 Ataber/Sezen, s. 156, Reisoğlu Sempozyum, s. 17, Belgesay, Tıbbi Mesuliyet, s. 77, Ayan, s. 169.

73 Reisoğlu Sempozyum, s. 17, Belgesay, Tıbbi Mesuliyet, s. 125-126.

74 İpekyüz, s. 146.

75 Ayan, s. 170.

Borçlar kanununun söz konusu maddeleri, sözleşmelerin genel sona erme sebebi olan ifa ve vekalet sözleşmesine özgü azil, istifa, ölüm, ehli-yetsizlik ve iflastır<sup>76</sup>.

İncelemekte olduğumuz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında, Hastane bakımını Sağlama Borcu yükümlülüğüne aykırı davranılması nedeniyle hastanenin sorumluluğu konusu yer aldığından, hastanenin borçlarından sadece hastane bakımını sağlama borcu üzerinde durulacaktır.

**Makalemizde inceleyecek olduğumuz YHGK, E. 2009/13-393, K. 2009/452, T. 21.10.2009<sup>77</sup> kararının özeti şöyledir:**

“Dava, tedavi hizmetini üstlenen doktor ve hastanenin sorumlulukları kapsamında maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Yasal mevzuat hükümlerinde belirtildiği gibi, kendisine zarar verecek hastanın, durumuna uygun odalar tahsis edilmekle birlikte, odaların hastanın zarar görmesini engelleyecek nitelikte olması da şart koşulmuştur. Bu bağlamda, odalarda özellikle elektrik anahtarı ve prizinin bulunması da yasaklanmıştır. Davalı hastane işleteni, olay yerinde bulundurmaması gereken televizyon anten kablosunun hasta tarafından ele geçirilmesine engel olmayarak, kendisini bağlayan emredici hukuk kurallarına da aykırı davranmıştır. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 37. maddesinde öngörülen hastanın can güvenliğini sağlama görevini de bu konuda gerekli tedbirleri almayarak yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Böylece, hastanın intiharını engelleyecek yeterlikte ve nitelikte tedbirleri almayarak davacıların murisinin intiharını gerçekleştirilmesine engel olamadığı gibi, bu konudaki emredici hukuk kurallarına da aykırı davranan davalı hastane işleteninin, davacılara karşı tazminatla sorumlu olduğu her türlü duraksamadan uzaktır.

Davaya konu somut olayla ilgisi bakımından, davalı hastanenin, akıl hastası ve intihara meyilli bulunan hastaya bu konuda yetişmiş hemşire görevlendirilmeyerek hasta yakınının refakatçi olarak seçilmesini ve hastanın, hastanede intiharına engel olamayan davalı hastanenin tazminatla sorumlu tutulması gerektiğine karar verilmelidir.”

**Hastane Bakımını Sağlama Borcu**

Hastane bakımına, hastanın yatırılması, yedirip içirilmesi (iaşesi) gibi

76 Tandoğan, C. II, s. 610-612.

77 www.kazanci.com.tr, Kazancı İçtihat Bankası

yan edimlerle birlikte, tıbbi müdahalenin (ameliyat) yapılmasından önce, yapılması esnasında ve yapılmasından sonra sağlanması gerekli bütün hastane hizmetleri dahildir. Bu konuda alınacak ölçü, gelişmiş ülkelerde sağlık hizmeti veren kuruluşlardaki uygulamalar olmalıdır<sup>78</sup>.

Tıbbi müdahaleden önceki hizmetlere örnek olarak, hastanın ameliyata hazırlanmasına yönelik testlerin yapılması, röntgen filmlerinin çekilmesi, kan grubu belirlenmesi gibi faaliyetler gösterilebilir. Tıbbi müdahale esnasındaki hizmetler, doğrudan doğruya ameliyat yapan cerraha yardımcı olacak hekim, ameliyat hemşiresi gibi hastane personeli ve ameliyatta kullanılacak aletlerin teminini ifade eder. Ameliyat sonrası hizmetler ise, kan aktarılması, serum verilmesi, gerekli hallerde iğne yapılması, ilaçların muntazam bir şekilde içirilmesi, tedavinin seyrine ilişkin düzenli kontrollerin yapılması gibi çalışmalardan oluşur<sup>79</sup>.

Hastane bakımı kavramı içinde yer alan edimler konusunda her hal ve şart için geçerli olabilecek kesin bir sayma yapmak mümkün değildir. Hastane işleticisi, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa bile hastanın sağlık durumu, hastalığın tipi ve ağırlığına göre dürüstlük ilkesinin (MK. m. 2) zorunlu kıldığı bütün tedbirleri almak mecburiyetindedir. Aksi halde, gerekli testler yapılmadan hastalığın teşhisine gidilmesi; kan grubu tespitinde hata yapılması; cerrahi müdahalede kullanılan araç ve gereçlerin bozuk olması; ameliyatı takiben kullanılan kompresin gereğinden fazla sıcak olması ve yanıklara yol açması; **ruh hastasının kontrol edilmemesi yüzünden intiharı**; yangına karşı gerekli tedbirlerin alınmaması; bozuk yiyecek verilmesi yüzünden zehirlenmelere yol açılması; yeterli ısıtma yapılmadığı için hastalığın ağırlaşması veya yeni hastalığa sebebiyet verilmesi gibi hallerde hastane işleticisi, oluşan zararı tazmin etmek zorundadır (BK. m. 96)<sup>80</sup>.

Hastane bakımını oluşturan edimlerin büyük kısmı, nitelikleri gereği hastane personeli tarafından yapılmaktadır. Hastane bakımının gerçekleşmesinde kullanılan hastane personeli hastane işleticisinin ifa yardımcısı durumundadır. Hasta hastane işleticisine karşı BK. 100. maddesine dayanarak dava açabilir. Zarara yol açan davranış haksız fiil niteliği taşıyorsa, hasta BK. 55. maddesine dayanarak da dava açabilir. Zarar verici davranışı gerçekleştiren hastane personeli ise, sadece genel haksız fiil hükümleri (BK. m. 41 vd) çerçevesinde sorumlu tutulabilir.

78 Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım, s. 125.

79 Ayan, s. 157.

80 Ataberk, s. 635.

Hasta, hastaneye tam kabul sözleşmesinde, hastane bakım hizmetleri açısından sadece hastane işleteninin sorumlu tutabilmektedir.<sup>81</sup>

Bölnmüş hastaneye kabul sözleşmesinde tıbbi tedavinin icrası doğrudan doğruya müdavi hekimin (cerrahın) üzerinde bulunduğundan, o, hastanın söz konusu hizmetlerin ifası esnasında uğrayacağı zararlar için BK. 100. maddesine istinaden sorumlu tutulabilmelidir. Çünkü, bu tip hizmetleri ifa eden hastane personeli, tıbbi müdahalenin (ameliyatın) icrası dahilindeki faaliyet bakımından hekimin ifa yardımcısı sayılır<sup>82</sup>.

Hasta, hastaneye kabul edilmekle hastane yetkililerinin himayesine girmiş olur ve haklı olarak kendisine mümkün olan en iyi tedavi ve bakım hizmetinin verilmesini ister. Hastane işleticisinin “organizasyon yükümlülüğü” aslında onun hastanın şahsına göstermekle yükümlü olduğu özen borcunun bir görünüm tarzından ibarettir.<sup>83</sup>

**İncelediğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında intihara meyilli bir hastanın hastane tarafından gerekli tedbirler alınmadığı için intiharı sözkonusudur.**

**özel hastanelerin konuyla ilgili sorumluluklarını düzenleyen yasal mevzuat hükümleri şunlardır:**

ÖHT.’nün “Akıl ve ruh hastalıkları hastanelerinin özellikleri” başlığını taşıyan m.16 c bendinde;

“Akıl ve ruh hastalıklarına ayrılan binalarda duvar, pencere, kapı, karyola ve yatak takımları ile diğer bölümler hastaların kaçmalarına, kaza ve zararlara engel olacak biçimde yapılmalıdır.”

ÖHT.’nün .m.16 d bendinde ise; “Gündüz de yatakta kalan ya da kendisine ve başkasına zarar verebilecek ( ajite ya da agresif ) olan hastalara ve özel tedavi gerektirenlere durumlarına uygun ayrı odalar verilmelidir.”

ÖHY.’nin “Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesi” başlığını taşıyan ve m.46 c bendinde (Madde yürürlükten 21.10.2006 T.li RG ile kaldırılmıştır)<sup>84</sup> “Akıl ve ruh hastalıklarına ayrılan binaların duvar, pencere, kapı, karyola ve yatak takımları ile diğer bölümleri, hastaların kaçmalarına, kazaya veya zarara uğramalarına engel olacak şekilde yapılır.”

81 Akkanat, Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve sorumluluk Düzeni, Prof Dr.Özer Selçüğe Armağan,Seçkin Yayınevi,Ankara,2006,s.32

82 Ayan, s. 158.

83 Aktaran, Akkanat, ,s.32.

84 ÖHY. m.46 Madde yürürlükten kaldırılmıştır: R.G 21. 10.2006 T., S.26326 ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Aynı maddenin ( d ) bendinde ise; “Gündüzün de yatakta kalan veya kendisine ve başkasına zarar verebilecek olan ve özel tedavi gerektiren hastalara durumlarına uygun ayrı odalar tahsis edilir. Bu tür hastaların odalarında elektrik anahtarı ve prizi bulunamaz.”

HHY. “Güvenliğin Sağlanması” başlığını taşıyan 37. maddesinde; “Herkesin, sağlık kurum ve kuruluşlarında güvenlik içinde olmayı bekleme ve bunu istemek hakları vardır... Bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastaların ve ziyaretçi ve refakatçi gibi yakınlarının can ve mal güvenliklerinin korunması ve sağlanması için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar” şeklinde hükümlere yer verildiği görülmüştür.

İncelememize esas olacak YHGK.’nun somut olayı ile ilgisi bakımından, YHGK’nun E. 1986/13-640, K.1987/701 07.10.1987 T.<sup>85</sup> Kararında; davalı hastanenin, akıl hastası ve intihara meyilli bulunan hastaya bu konuda yetişmiş hemşire görevlendirilmeyerek hasta yakınının refakatçi olarak seçilmesini ve hastanın, hastanede intiharına engel olamayan davalı hastanenin tazminatla sorumlu tutulması gerektiğine karar verilmiştir.

YHGK kararına tekrar dönelim. Davacılar, murisleri B’nin ağır psikolojik travma geçirmesi ve intihar etme eğiliminde bulunması nedeniyle davalı doktorun önerisi ile 25.05.2004 tarihinde davalı hastaneye yatırılarak tedavisine başlandığını, murislerinin hakkında düzenlenen değerlendirme formunda ve yapılan psikiyatrik muayenede intihara eğilimli olduğunun belirtilerek intihar düşüncesinden dolayı sürekli olarak yakın gözetim altında bulundurulmasının gerekmesine rağmen gerekli önlemler alınmadığı için murisin 26.5.2004 tarihinde intihar ederek vefat ettiğini, murisin yanında televizyon kablosu bulundurulmasının ağır kusur teşkil ettiğini ileri sürerek fazlası saklı kalmak üzere maddi ve manevi tazminat talep etmişlerdir.

Davalı hastane, davacıların murisinin tedavisine başlanarak tek kişilik odaya alındığını, 26.05.2004 tarihinde öğlen yemeği sonrası boş tabakların hasta bakıcı tarafından mutfağa götürülmesini fırsat sayan müteveffanın boş olan bir odaya girerek odada bulunan ve kullanılmayan televizyon anten kablosu vasıtasıyla intihar ettiğini, olayda kusurlarının bulunmadığını savunmuş, diğer davalı doktor da olaydaki tek fonksiyonunun davacıların murisinin yatarak tedavi görmesini davacılar önermek olduğunu, muayenenin başka doktorlar tarafından yapıldığını, olay-

85 Savaş,H., Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2011,s.70,dpn,154

da sorumluluğunun ve kusurunun bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, alınan bilirkişi kurulu raporu benimsenmek suretiyle ve olayda davalıların kasıt, kusur ve ihmalinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıtay 13.HD. tarafından incelenmiştir. İntihar etme düşüncesi bulunan ve bu nedenle yakın gözlem altında bulundurulması gerektiği davalı hastanece de kabul edilen davacıların murisinin yemek yemeğe gittiği esna ile yemek sonrasında odaya dönüşü sırasında ve odasına girinceye kadar yakın gözlem altında bulundurulması ve yakın gözlemin de bu hususta ehil hastane personeline yapılması gerekir. Oysa ki davalı hastanenin bu husustaki sorumluluğunu yerine getirmedeği dosya kapsamından anlaşıldığı gibi, murisin odasının yanında bulunan boş odaya girmesine de engel olunmadığı ve bu odada bulunmaması gereken TV kablosunu kullanan murisin intihar etmesi nedeniyle kusur ve ihmalinin bulunduğu ve murisin intihar etmesi ile davalı hastanenin bu kusur ve ihmali arasında illiyet bağının olduğunun kabulü zorunludur. Mahkemece, davalı hastanenin olayda kusur ve ihmalinin bulunduğu kabul edilerek hasil olacak sonuca uygun karar verilmesi gerekirken yetersiz bilirkişi raporuna dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir...

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan sonra gereği görüldü: Somut olay bakımından, yakın gözlem altında bulundurulması gereken hastanın, intiharının engellemesi için sürekli bir şekilde hastaya refakat edecek bir uzman hastane personelinin görevlendirilmediği, böylece davalı hastanenin, tıbbi hizmet kapsamında değerlendirilen bakım hizmetini ( borcunu-edimini ) gereği gibi yerine getirmedeği anlaşılmaktadır. Bu şekildeki borca aykırılık, davalı hastanenin bakım hizmeti kapsamında değerlendirilen "organizasyon kusuru" olarak karşımıza çıkmaktadır. Davalı hastane işleteninin organizasyon kusuru olarak karşımıza çıkan borca aykırı davranışı ile hastanın intiharı sonucu meydana gelen ölüm olayı arasında uygun illiyet bağının varlığının kabulü zorunludur.

Yukarıya belirttiğimiz ÖHT., ÖHY., ilgili maddeleri dikkate alındığında, davalı hastane işleteni, olay yerinde bulundurmaması gereken televizyon anten kablosunun hasta tarafından ele geçirilmesine engel olmayarak, kendisini bağlayan emredici hukuk kurallarına da aykırı davranmıştır. Ayrıca HHY'nin 37. maddesinde öngörülen hastanın can güvenliğini sağlama görevini de bu konuda gerekli tedbirleri almayarak yerine getirmediği anlaşılmaktadır.

Hastane, hastanın intiharını engelleyecek yeterlikte ve nitelikte tedbirleri almayarak davacıların murisinin intiharını gerçekleştirilmesine engel olamadığı gibi, bu konudaki emredici hukuk kurallarına da aykırı davranan davalı hastane işletenin, davacılara karşı tazminatla sorumlu olduğu her türlü duraksamadan uzaktır.

Hasta için; kendisine zarar vermeyecek şekilde güvenliğinin sağlanması için bir refakatçinin de görevlendirilmesi gerekir. İncelenen YHGK'ında, görülmekte olan davada, hasta için; kendisine zarar vermeyecek şekilde güvenliğinin sağlanması için bir refakatçinin de görevlendirilmemesi nedeniyle daha ağır bir ihmal ve kusurun varlığı ortaya koymaktadır. Böylece dosyadaki maddi ve hukuki olgulara dayanmayan ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak davanın reddine karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur.

### **SONUÇ**

Hastane, hastanın intiharını engelleyecek yeterlikte ve nitelikte tedbirleri almayarak hastanın intihar etmesine engel olamamıştır. Bu nedenle hastane, hastane bakımını sağlama borcunu ihlal etmiştir. Hastane işletenin, davacılara karşı tazminatla sorumlu olduğu aşıkardır..

İncelenen YHGK.'ında, hasta için; kendisine zarar vermeyecek şekilde güvenliğinin sağlanması için bir refakatçinin de görevlendirilmemesi nedeniyle daha ağır bir ihmal ve kusurun varlığını ortaya koymaktadır. Bu nedenle yerel mahkemenin davayı kabul etmesi ve tazminata hükmetmesi gerekirdi.

## KAYNAKÇA

<b>Akıncı Ş.</b>		Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya, 1998, (Yayınlanmamış Doçentlik Çalışması)
<b>Akkanat,H.</b>		Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve sorumluluk Düzeni,Prof Dr.Özer Seliçi'ye Armağan,Seçkin Yayınevi,Ankara,2006
<b>Akman G.S.</b>		Sorumsuzluk Anlaşması, Doktora Tezi, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976
<b>Aral F.</b>	:	Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, Doktora Tezi, Ankara, 1985,
<b>Arpacı A.</b>	:	Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. bası, İstanbul, 2002
<b>Aşçıoğlu Ç.</b>	:	Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tez, Ankara,, 1982 (Aşçıoğlu, Tez)
<b>Aşçıoğlu Ç.</b>	:	Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluklar: Doktorların Devletin ve Özel Hastahanelerin Sorumluluğu: (Cezai ve Hukuki), Ankara, Tekışık Ofset Tesisleri, 1993 (Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım)
<b>Ataberk R.</b>	:	Hastahanelerin Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi (İBD), 1986, C. 60, S. 10, 11, 12, sh: 628 vd.
<b>Ataberk R./Sezen M.</b>	:	Hekimin Mesuliyeti, İBD. 1954, C. XXVIII, S. 2, sh: 135-165
<b>Ayan M.</b>	:	Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., Ankara, 1991
<b>Bakır G.D.</b>	:	Sağlık Hizmeti Talep Edenlerin Beklenti ve Bilgilerinin Evrensel Hasta Hakları Tanımlarına Göre Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003, Danışman: Münir Şakrak
<b>Bayraktar K.</b>	:	Hekimin Cezai Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972
<b>Belgesay M.R.</b>	:	Doktorun Hukuki Borçları, İÜHF.M., C. XI, S. 3-4, 1945, sh: 108 vd.(Belgesay, Makale)
<b>Belgesay M.R.</b>	:	Tıbbi Deontoloji, İÜHF.M., C. 12, S. 12, sh: 200-208, 1946, (Belgesay, Tıbbi Deontoloji)
<b>Belgesay M.R.</b>	:	Tıbbi Mesuliyet-Esaslar-Tipik Vakıalar, Sıralar Matbaası, İstanbul, 1953 (Belgesay, Tıbbi Mesuliyet)
<b>Bilge N.</b>	:	Borçlar Hukuku (Özel Borç Münasebetleri), Ankara, 1971



<b>Çakmut Ö.</b>	:	Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, 2003
<b>Çelik A.Ç.</b>	:	Hastanelerin ve Hekimlerin Sorumluluğu, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Komisyonu'nun 28-29 Eylül 2007 tarihinde düzenlediği Meslekiçi Eğitim Semineri Notları.
<b>Çelik N.</b>	:	İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, Genişletilmiş 15. Bası, İstanbul, 2000
<b>Çilingiroğlu C.</b>	:	Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993
<b>Derhal Y.</b>	:	Tıbbi Müdahalenin Hukuka uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, <a href="http://www.saglik.gov.tr">http://www.saglik.gov.tr</a> , Son görüntüleme tarihi: 14/06/2006
<b>Donay S.</b>	:	Doktorun Hukuki Sorumluluğu, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, S. 10, 1968 (Sorumluluk)
<b>Donay S.</b>	:	Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 2378, Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 535 Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll.Şti., İstanbul, 1978
<b>Dural M., Öğüz T.</b>	:	Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002
<b>Elmas İ., Tüzün B., Aşçıoğlu F., İnce H.</b>	:	Acil Tedavi Basamağındaki Yetersizlikler ve Hekim Hataları, İstanbul Tıp Fakültesi Mecmuası 61:2, 1998
<b>Eren F.</b>	:	Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, C. I, II., 7. Baskı, İstanbul, Ekim 2001 (Eren, 2001)
<b>Eren F.</b>	:	Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 8. Baskı, Beta Basım, İstanbul, Ekim 2003 (Eren, C. I, II.)
<b>Erten A.</b>	:	Sorumsuzluk Anlaşması, Doktora Tezi, Olgaç Matbaası, 1977
<b>Güleç R.A</b>	:	Malpractis (kötü tıbbi uygulama), Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, S: 53, 2000, sh: 14-15
<b>Güler M.</b>	:	Hekimler ve Tabip Odası Yöneticileri için Mevzuat 3. Baskı, Türk Tabipler Birliği, Ekim, 2001
<b>Hatırnaz Erol, G.,</b>	:	Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin kitabevi, Ankara 2009, 2.baskı
<b>Hancı İ.H.</b>	:	Malpractice: Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2002,
<b>Hancı İ.H.</b>	:	Hekimin Yasal Sorumlulukları (Tıbbi Hukuk), İzmir, 1995, Egem Tıbbi Yayıncılık

<b>İpekyüz F.</b>	:	Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006
<b>İnal T.</b>	:	Türk Hukukunda Borcun Kaynakları, Borca Aykırılık ve Sonuçları (Yayınlanmamış Doktora Tezi)
<b>Karasu S.</b>	:	Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, Danışman: Serap Helvacı
<b>Kaya K., Kaya S.</b>	:	Türkiye’de Özel hastanelere Genel Bir Bakış, toplum ve Hekim, Eylül-Aralık, 1995, Cilt 10, S: 69-70, sh: 62-69
<b>Kazık Y.</b>	:	Özel Hukuk Açısından Muayenehane ve Özel Hastahane Verilen Tıbbi Yardımlarda Hekimin Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, Özel Hukuk ABD 2002, Yök Tez Merkezi, Tez No: 117069
<b>Kılıçoğlu M.A.</b>	:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2003
<b>Köprülü Ö.</b>	:	Hekimin Hukuki Sorumluluğu, İBD 1984, C. LVIII, S. 10, 11, 12, sh: 589 vd.
<b>Oğuzman K., Barlas N.</b>	:	Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar Beta Basım Yayın A.Ş., 10. bası, s. 91-93, İstanbul, 2003
<b>Oğuzman M.K., Öz M.T.</b>	:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1998
<b>Özdemir H.</b>	:	Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004
<b>Özek M.Ç.</b>	:	Hekim ve Hukuk: Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966,
<b>Özkan N.</b>	:	Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005
<b>Özkaya E.</b>	:	Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Seçkin Kitabevi, Ankara 1997
<b>Özsunay,E</b>	:	Sözleşmesel Sorumluluk, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Komisyonu,II.Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, 22 Eylül 2006,Yeditepe Üniversitesi.
<b>Öztürk H.</b>	:	“Çocukların Tıbbi Kararlara Katılımı”, Etik Yaşama Dair Bir Bakış, Ankara Tabip Odası Yayını, Nisan, 2002
<b>Öztürkler C.</b>	:	Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2003
<b>Özsunay E.</b>	:	Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul, 1979

<b>Özsunay E.</b>	:	Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai sorumluluğu-Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler 5. Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mart 1982, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Fakülteler Matbaası, s. 31-59, İstanbul, 1983 (Özsunay, Sempozyum)
<b>Reisoğlu S.</b>	:	Hizmet Akti, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara, 1968 (Reisoğlu, Hizmet Akdi)
<b>Reisoğlu S.</b>	:	Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai sorumluluğu-Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler 5. Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mart 1982, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, sh: 1-18 (Reisoğlu, Sempozyum)
<b>Reisoğlu S.</b>	:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Onsekizinci Bası, Beta Kitabevi, İstanbul, 2006 (Reisoğlu, Borçlar Hukuku)
<b>Sarial E.</b>	:	Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal ilişkiler Kazancı hukuk Yayınları No: 53, İstanbul, 1986
<b>Savaş H., Savaş H., Savaş H.,</b>	:	Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları Ceza - Hukuk, Ankara, 2007 Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2011 Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerinden Doğan Hukuki Sorumlulukların irdelenmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S.2007/3, Mayıs-Haziran, s.100-1025
<b>Seliçi Ö.</b>	:	Sürekli Borç İlişkilerinin Sona ermesi, İstanbul, 1977
<b>Serozan R.</b>	:	Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002
<b>Şenocak Z.</b>	:	Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, 1995 (Şenocak, ifa)
<b>Şenocak Z.</b>	:	Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, 1998
<b>Tandoğan H.</b>	:	Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981 (Tandoğan, Sorumluluk)
<b>Tandoğan H.</b>	:	Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 3. Bası, Ankara 1984 (Tandoğan, I/1)
<b>Tandoğan H.</b>	:	Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 4. Bası, Ankara 1985 (Tandoğan, I/1, 4. Bası)
<b>Tandoğan H.</b>	:	Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 5. Bası, Ankara 1988 (Tandoğan, I/1, 5. Bası)

<b>Tandoğan H.</b>	:	Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, İstisna ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz iş görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 3. Baskı, Ankara, 1987 (Tandoğan, C. II)
<b>Tandoğan H.</b>	:	Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara, 1981 (Tandoğan, Mes'uliyet)
<b>Tekinay S.S., Akman, S., Burcuoğlu H., Altop A.</b>	:	Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993
<b>Tekinay, S.S.</b>	:	Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Gözden Geçirilmiş 5. Basım, s. 127-129, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987
<b>Uygur T.</b>	:	Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt: 3, Seçkin Kitabevi, 2003
<b>Yavuz C.</b>	:	Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1998 (Yavuz, 1998)
<b>Yavuz C.</b>	:	Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Basım Yayım, 6. bası, İstanbul, 2002 (Yavuz, 2002)
<b>Yavuz C.</b>	:	Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2004 (Yavuz, 2004)
<b>Yavuz C.</b>	:	Borçlar Kanunu (BK.)-Borçlar Kanunu Tasarısı (BKT.) ve Gerekçesi, Karşılaştırmalı Liste ile Birlikte, 4. Baskı, İstanbul, 2005 (Yavuz, Tasarı)
<b>Yorulmaz C., Çetin G.</b>	:	Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No: 48, 2006, Prof. Dr. Gürsel Çetin, Doç. Dr. Coşkun Yorulmaz
<b>Zevkliler A.</b>	:	Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yenilenmiş 8. Basım, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004
<b>Zevkliler A./ Acabey B./Gökyayla E.</b>	:	Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara, 2000 (Zevkliler, Medeni)
<b>Hekimlik Meslek Etiği Kuralları</b>	:	Türk Tabipler Birliği Yayını, Ocak, 2002

## İNTERNET KAYNAKLARI

www.saglik.gov.tr, www.adalet.org.tr, www.kazanci.com.tr,

# 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLERİN SAĞLIK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Yıldız Ertuğ ÜNDER<sup>1</sup>

## Genel Olarak

11/01/2011 tarihinde kabul edilen 04/02/2011 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanan 6098 Sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Yeni Türk Borçlar Kanunu, tazminat sorumluluğu ve vekâlet sözleşmesi hükümlerinde getirdiği değişiklikler açısından sağlık hukuku alanını doğrudan ilgilendirmektedir. Bu nedenle, bu alandaki değişikliklere kısaca değinilecektir.

## Eski ve Yeni Kanunun Karşılaştırılması

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

İKİNCİ AYIRIM: HAKSIZ FİLLERDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİ

A. SORUMLULUK

I. GENEL OLARAK

Madde 49 - Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

I: MESULİYET ŞERAİTİ

Madde 41 - Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazmine mecburdur.

Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur.

1 Avukat / Tıp Doktoru, İstanbul Barosu

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

II. ZARARIN VE KUSURUN İSPATI Madde 50- Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.

Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

## II: ZARARIN TAYİNİ

Madde 42 - Zararı ispat etmek müddeiye düşer, zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, halin mutad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikan tayin eder.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

## III. TAZMİNAT

### 1. BELİRLENMESİ

Madde 51- Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

### III: TAZMİNAT MİKTARININ TAYİNİ

Madde 43 - Hâkim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şumulünün derecesini tayin eyler.

Zarar ve ziyan irad şeklinde tayin olunduğu takdirde borçludan icabeden teminat alınır.

Yeni Türk Borçlar Kanunu md. 51, Haksız bir eylem sonucu kişinin zarar görmesi durumunda zararın tazmin edilme yöntemi ve miktarın belirlenmesi hususunda, yine eski Borçlar Kanunu md. 43'e paralel olarak, hâkime takdir yetkisi vermektedir. Hâkim, zararın hangi şekilde tazmin edileceğine karar verirken, davacının bu konudaki istemi ile bağlı değildir. Ancak, davacının tazminle ilgili talep ettiği miktara göre bir karar vermek durumundadır.

Yeni Türk Borçlar Kanunu md. 51'in bu konuda getirdiği en önemli değişiklik; BK. md. 43/1'deki, tazminatın belirlenmesinde "hal ve mevki icabına" göre karar verilmesini öngören hükmün kaldırılmasıdır. Tazminatın belirlenmesinde, "özellikle kusurun ağırlığı" belirleyici unsur olarak esas alınmıştır. Tazminatın hesaplanmasında, diğer ölçütlerden önce kusurun ağırlığının önceliğini vurgulamıştır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

## 2. İNDİRİLMESİ

Madde 52 - Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

## IV: TAZMİNATIN TENKİSİ

Madde 44 - Mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfinazar edebilir.

Eğer zarar kasden veya ağır bir ihmal veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayakaya maruz bıraktığı takdirde hâkim, hakkaniyete tevfikan zarar ve ziyanı tenkis edebilir.

Yeni Türk Borçlar Kanunu md. 52, eski Borçlar Kanunu md. 44'e sadece dilin sadeleşmesi bakımından farklılık getirmektedir. Madde 44'te, tazminatta indirim yapılabilmesinin koşulları olarak, zararın kasten veya ağır bir ihmal veya tedbirsizlikle yapılmamış olması ve tazmin sonrasında zarar verenin güç duruma düşmesini sıralarken, yeni Türk Borçlar Kanunu md. 52 ile indirim koşulunun zararın hafif kusurla meydana gelmesine ve yine tazminat sonrasında zarar verenin güç duruma düşmesine bağlanmaktadır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

#### IV. ÖZEL DURUMLAR

##### 1. ÖLÜM VE BEDENSEL ZARAR

###### A. ÖLÜM

Madde 53 - Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

1. Cenaze giderleri.
2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.
3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

#### V: HUSUSİ HALLER

##### 1 - ADAM ÖLMESİ VE CİSMANİ ZARAR

###### A - ÖLÜM TAKDİRİNDE ZARAR VE ZİYAN

Madde 45 - Bir adam öldüğü takdirde zarar ve ziyan, bilhassa defin masraflarını da ihtiva eder. Ölüm, derhal vukubulmamış ise zarar ve ziyan tedavi masraflarını ve çalışmağa muktedir olamamaktan mütevellit zararı ihtiva eder.

Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazımgelir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

#### B. BEDENSEL ZARAR

Madde 54 - Bedensel zararlar özellikle şunlardır:

1. Tedavi giderleri.
2. Kazanç kaybı.
3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.
4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.



818 Sayılı Borçlar Kanunu:

**B - CİSMANİ ZARAR HALİNDE LAZIMGELLEN ZARAR VE ZİYAN**

Madde 46 - Cismani bir zarara düçar olan kimse külliyen veya kısmen çalışmağa muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyânını ve bütün masraflarını isteyebilir.

Eğer hükmün suduru esnasında, kafi derecede kanaat ile cismani zararın neticelerini tayin etmek mümkün değil ise; hükmün tefhimi tarihinden itibaren iki sene zarfında hâkimin, tetkik salahiyetini muhafaza etmeğe hakkı vardır.

Eski Borçlar Kanunu md. 46'da, bedensel bir zarara uğrayan bir kimşenin, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden, ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan kayıpları ve bütün masraflarını isteyebileceğini düzenlemekte idi.

Yeni Türk Borçlar Kanunu md.54'de, bedensel zararları tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğın sarsılmasından doğan kayıplar olarak dört madde halinde belirlemiştir.

Madde 54'ün getirdiğı değışiklik, tedavi giderlerinin açıkça bedensel zarar kapsamında sayılmasıdır.

Madde 54'ün getirdiğı diğeri bir önemli değışiklik ise, eski Borçlar Kanunu md. 46/2'de söz edilen, hüküm kurulması sırasında yeterli kanaat ve bedensel zararın sonuçlarını tayin etmenin mümkün olmadığı durumlarda, hâkime hükmün tefhimi tarihinden itibaren 2 yıllık süre içerisinde tetkik yetkisi veren hükmün, yeni Türk Borçlar Kanunu'nda madde 75'de yer almasıdır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

### C. BELİRLENMESİ

Madde 55 - Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılmaz.

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.

Yeni bir maddedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda karşılığı yoktur.

Türk Borçlar Kanunu Md. 55, kanun tasarısı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu'nda görüşülürken yasa metnine eklenmiş, eski Borçlar Kanunu'nda yer almayan bir maddedir. Yeni Türk Borçlar Kanunu md. 55, bedensel zarara uğrayan kişilerin, zararının karşılanmasında, zarara uğrayana yapılan sosyal güvenlik ödemelerinin veya ifa anlamına gelmeyen diğer tüm ödemelerin tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmamasını, dolayısıyla tazminatta bu nedenle indirim yapılamayacağını hüküm altına almaktadır.

Hükmün gerekçesinde, “sosyal güvenlik ödemelerini, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verene rücu edilebilmesine bağlıdır. Bir kural gereği rücu edilemeyen (emekli sandığı maaşı, malullük aylığı, ölüm sigortası aylığı) sosyal güvenlik ödemeleri; teknik arıza, tam- kaçınılmazlık halindeki ödemeler ve benzeri ödemeler bu tazminatlardan indirilemeyecektir. Aynı şekilde prensip olarak rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinden bir kısmı rücu edilemeyen miktar dahi denkleştirilemeyecektir. Zarar görenin kusuruna (müterafik kusura) yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışlar, kısmi kaçınılmazlık ve teknik arıza halindeki ödemeler ve benzerleri rücu edilemediğinden bu miktarlar dahi denkleştirilemeyecektir.

İnsan zararlarına ilişkin tazminat hakkının, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan diğer edinimlerle bir bağı ve bağlantısı yoktur. Bu nevi ödemelerin denkleştirilmesi, zarar veren ödüllenen-

*dirme anlamına gelir. Rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin, sorumluluk hukuku ile koruma altına alınan tazminatı ikame veya telafi fonksiyonları bulunmamaktadır. Tazminata, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile yahut ifa amacı taşımayan diğer ödemelerle karşılanmayan zarar biçiminde bir yaklaşım ne onun kaynağı ile ve ne de onun işlevi ile bağdaşmaz. Bu yönü ile sorumluluk (tazminat) hukuku ile sosyal güvenlik hukuku arasında bir mahiyet farkı bulunmaktadır. Öte yandan, rücu edilemeyen sosyal güvenlik hak ve ödemelerinin oluşmasında zarar verenin bir katkısı olmadıktan başka, rücu edilen ödemelere nazaran zarar verenin mükerrer ödemesi de yoktur. Rücu edilememe durumunda denkleştirmenin kurucu unsuru olarak illiyet bağı koşulu da gerçekleşmemektedir...*

*Zarar görenin mamekine yukarıda belirtilen türden dâhil olan ödemelere tazminat hakkını veren destek ilişkisini çökerten bir etki tanınamaz. Tersine bir yaklaşım, sorumluluk hukukunun önleyici (tenkil) karakteri ile de bağdaşmaz. Yasa koyucu bu tercihi ile farklı uygulamaları hak ekseninde birleştirmiştir.”*

Tasarının gerekçesinde, insan zararı kökenli tazminatların hesaplanmasında, ilgili yasa hükümlerine ve sorumluluk hukuku hükümlerine göre hesap yapılacağı, ancak hâkimin, genel takdir hakkı yahut hakka-niyet kurallarına dayanarak bu miktara müdahale edemeyeceği açıkça belirtilmiştir.

Madde 55/2'de “Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.” denilerek, insan zararı kökenli tazminatlarla ilgili kabul edilen ilkenin aynen idarenin sebep olduğu zararlar bakımından da uygulanması gerektiğini düzenlemiştir.

Bu noktada, yeni Türk Borçlar Kanunu'ndaki bu düzenleme ile idare aleyhine açılacak destekten yoksun kalma tazminatı talepli davalarda bundan böyle adli mahkemelerin görevli olacakları anlamı çıkmaktadır. Zaten 12.01.2011 tarihli 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu md.3, bu tür tazminat davalarında, bundan böyle adli mahkemelerin görevli olduğunu açıkça düzenlemiştir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

#### D. MANEVİ TAZMİNAT

Madde 56- Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

#### C- MANEVİ TAZMİNAT

Madde 47 - Hâkim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşen olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.

Bu maddede, manevi tazminat ile ilgili, uygulamaya yansiyabilecek değişiklik, eski kanunda “zarar görenin ailesine tazminat verilebilir” sözünün yerine yeni kanunda “zarar görenin yakınlarına” ifadesinin kullanılmasıdır. Uygulamada, tazminat ödenecek kişilerin saptanmasında, yeni kanunun bu ifadesinin farklı açılım ve tartışmalara yol açacağı tarafımızdan düşünülmektedir.

Ayrıca, madde 56/2 ile bedensel zarara uğrayanın yakınlarına da tazminat yolu açılmış olmaktadır. Eski Bk.da bedensel zarara uğrayanın ancak ölümü halinde yakınlarına tazminat verilebilir denmekteydi.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

#### 3. KİŞİLİK HAKKININ ZEDELENMESİ

Madde 58- Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

### 3 - ŞAHSİ MENFAATLERİN HALELDAR OLMASI

Madde 49 - (Değişik madde: 04/05/1988 - 3444/8. md.)

Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir Şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hâkim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir.

Yeni Türk Borçlar Kanunu md. 58'de, eski Borçlar Kanunu'nun md. 49/2'deki düzenleme yer almamaktadır.

Bu değişiklik, hâkimin tazminat miktarını belirlerken, tarafların sıfatlarını, makamlarını, sosyal ve ekonomik durumlarını, bundan böyle dikkate alması zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

### VI. HUKUKA AYKIRILIĞI KALDIRAN HÂLLER

#### 1. GENEL OLARAK

Madde 63 - Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.

Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.

Yeni bir maddedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda karşılığı yoktur.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu:

Madde 24 - Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

Yeni Türk Borçlar Kanunu md. 63'de "*Hukuka Aykırılığı Kaldıran Haller*" başlığı altında eski Borçlar Kanunu md. 52'deki sebeplerle, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 24/2'deki sebepleri birleştirmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, zarar görenin rızası, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak sayılmamaktaydı. Ancak, zarar görenin rızasının varlığı, tazminat miktarında indirim sebebi olarak düzenlenmişti. Türk Borçlar Kanunu md. 63/2'ye baktığımızda ise, zarar görenin rızasının, genel olarak, hukuka aykırılığı kaldıran sebep olarak düzenlendiğini görmekteyiz.

Zarar görenin rızasının hukuka aykırılığı kaldıran hal olarak değerlendirilmesi, özellikle kişilerin bedensel zararları söz konusu olduğunda, tartışmaya açık bir ortam yaratmaktadır. Rızanın, hukuken geçerli koşulları taşınması ve zarara yol açan fiilden önce verilmiş olması hukuka aykırılığı önlemede esas alınıp alınmayacağıın ön koşullarıdır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

## 2. SORUMLULUK

Madde 64 - Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.

Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.

Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

**VII: MEŞRU MÜDAFAA, İZTIRAR VE KENDİ HAKKINI VİKAYE İÇİN KUVVET KULLANILMASI**

Madde 52 - Meşru müdafaa halinde mütecevizin şahsına veya mallarına yapılan zarardan dolayı tazminat lazım gelmez.

Kendisini veya diğerini zarardan yahut derhal vukubulacak bir tehli-keden vikaye için başkasının mallarına hanel iras eden kimsenin borçlu olduğu tazminat miktarını hakim, hakkaniyete tevfikân tayin eder.

Kendi hakkını vikaye için cebri kuvvete müracaat eden kimse hal ve mevkia nazaran zamanında hükümetin müdahalesi temin edilemediği yahut hakkının ziyaa uğramasını yahut hakkının kullanılması hususunun pek çok müşkül olmasını meni için başka vasıtalar mevcut olmadığı takdirde, bir güne tazminat itasıyle mükellef olmaz.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

**B. KUSURSUZ SORUMLULUK**

**I. HAKKANİYET SORUMLULUĞU**

Madde 65 - Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

**B - TEMYİZ KUDRETİNİ HAİZ OLMAYANLARIN MESULİYETİ**

Madde 54 - Hakkaniyet iktiza ediyorsa hakim, temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen yahut kısmen tazminine mahkum eder.

Temyiz kudretini muvakkaten iza eden kimse, bu halde iken yapmış olduğu zararı tazmine mecburdur. Şukadar ki kendi kusuru olmaksızın ika edilmiş olduğunu ispat eder ise mesul olmaz.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

## II. ÖZEN SORUMLULUĞU

### 1. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

Madde 66 - Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

## C - İSTİHDAM EDENLERİN MESULİYETİ

Madde 55 - Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür. Şukadar ki böyle bir zararın vukubulmaması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsabile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz.

İstihdam eden kimsenin, zamin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır.

Türk Borçlar Kanunu md. 66 ile getirilen önemli değişiklik eski BK. 55'deki "*kurtuluş kanıtı*"na ilişkin hükme, yeni düzenlemede yer verilmemesidir.

TBK. md. 66/3'de ise eski BK.'da yer almayan bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu fıkraya göre, adam çalıştıran, "*çalışanını seçerken, işi ile ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini*" ispat ederek "adam çalıştıranın sorumluluğu" ilkesinden kurtulamayacaktır. Bu madde ile, sorumluluktan kurtulabilmek için, işletmenin çalışma düzenini, zararın doğmasını önlemeye elverişli hale getirdiğini de ispat etmek zorunluluğu getirilmiştir.



Madde 66 ile getirilen bir diğer yenilik, adam çalıştıranın çalışana rücu hakkının sınırlarını belirlemiş olmasıdır. Bu düzenleme ile, adam çalıştıran, çalışanın üçüncü kişilere verdiği zararı karşılamak için ödediği tazminat açısından, ancak çalışanın kendi kusurundan kaynaklanan miktarı kadar rücu edebilecektir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

### C. ZAMANAŞIMI

#### I. KURAL

Madde 72 - Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

### V - MÜRURU ZAMAN

Madde 60 - Zarar ve ziyan yahut manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ tediyesine müteallik dava, mutazarrır olan tarafın zarara ve failine ittilaı tarihinden itibaren bir sene ve her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunmaz.

Şukadar ki zarar ve ziyan davası, ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun müruru zamana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsi davaya da o müruru zaman tatbik olunur.

Eğer haksız bir fiil, mutazarrır olan taraf aleyhinde bir alacak tevhit etmiş olursa, mutazarrır kendisinin tazminat talebi müruru zaman ile sakıt olsa bile o alacağı vermekten imtina edebilir.

Bu yeni düzenleme ile “tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrar” demek sureti ile, 818 sayılı Borçlar Kanunu’ndaki bir yıllık zamanaşımı süresini iki yıl olarak düzenlemiştir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

## II. RÜCU İSTEMİNDE

Madde 73 - Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanlaşımına uğrar.

Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanlaşımı, bu bildirimün dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar.

Yeni bir maddedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda karşılığı yoktur.

Bu madde ile, haksız fiilden kaynaklanan tazminat sorumluluğunu yerine getiren kişinin, rücu hakkının bulunduğu hallerde, kabul edilen zamanlaşımı süresi ve sürenin başlangıcına ilişkin esaslar düzenlenmektedir. Madde 73/2'de, kendinden tazminat talebinde bulunulan kişilere eğer bu tazminattan birlikte sorumlu olduğu başkaları var ise bu kişilere tazminat talebine ilişkin bilgi verme sorumluluğu yüklenmiştir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

## D. YARGILAMA

### I. CEZA HUKUKU İLE İLİŞKİSİNDE

Madde 74 - Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

VIII:CEZA HUKUKU İLE MEDENİ HUKUK ARASINDA MÜNASEBET

Madde 53 - Hakim, kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin faili temiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkamiyle bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde verilen beraet kararıyla de mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda dahi hukuk hakimini takyit etmez.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

VIII: CEZA HUKUKU İLE MEDENİ HUKUK ARASINDA MÜNASEBET

Madde 53 - Hakim, kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin faili temiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkamiyle bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde verilen beraet kararıyla de mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda dahi hukuk hakimini takyit etmez.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

B- CİSMANİ ZARAR HALİNDE LAZIMGELEN ZARAR VE ZİYAN

Madde 46 - Cismani bir zarara düşen kimse külliyen veya kısmen çalışmağa muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyasını ve bütün masraflarını isteyebilir.

Eğer hükmün suduru esnasında, kafi derecede kanaat ile cismani zararın neticelerini tayin etmek mümkün değil ise; hükmün tefhimi tarihinden itibaren iki sene zarfında hakimin, tetkik salahiyetini muhafaza etmeğe hakkı vardır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

### III. GEÇİCİ ÖDEMELER

Madde 76 - Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir.

Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir.

Yeni bir maddedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda karşılığı yoktur.

Madde 76 ile "Geçici Ödemeler" başlığı altındaki düzenleme, sorumluluk hukuku açısından çok önemli bir değişiklik getirmektedir. Bu madde ile, bundan böyle, bir haksız fiilden dolayı zarar gördüğü iddiası ile dava açan kişi, davanın sonucunu beklemeden, hakimin kararı ile, geçici bir ödeme alabilmesinin yolu açılmıştır. Bunun için, zarar görenin talebi ve iddiasının haklılığını gösterecek inandırıcı kanıtlar olması ve ekonomik durumunun da böyle bir kararı gerektirecek koşulları taşıması gerekmektedir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

### 3. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK

Madde 116 - Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.

Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

### 3 - MUAVİN ŞAHISLARIN MESULİYETİ

Madde 100 - Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür.

Bunların fiilinden mütevellit mesuliyeti, evvelce iki taraf arasında yapılan bir mukavele tamamen veya kısmen bertaraf edebilir.

Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; borçlu mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mesuliyetten kendisini beri kılabilir.

Birinci fıkradaki değişiklik ile borcun ifası sırasında borçlunun fillelerinden sorumlu olduğu yardımcı şahıslar kapsamına, aralarında benzer bağ bulunan diğer kimseler de dâhil edilmişlerdir. Bu değişiklik ile borcun ifasına katılan herkesin, taraflardan birisinin rızası koşulu ile yardımcı şahıs sayılacağı düzenlenmektedir. TBK. 116/3'da "*uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa*" ifadesi kullanılmıştır. Bu düzenleme ile imtiyaz sureti ile yürütülen her türlü faaliyet için değil, bu faaliyetlerden sadece uzmanlık gerektirenler bakımından geçerli olacak şekilde düzenlenmiştir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

### II. SORUMLULUK SİGORTALARINDA

Madde 130 - Başkasını çalıştıran kişi, çalıştırdığı kişiye karşı hukuki sorumluluğunu güvence altına almak üzere sigorta yaptırmışsa, sigortadan doğan haklar doğrudan doğruya çalışana ait olur.

Ancak, çalışana ödenecek sigorta tazminatı, genel hükümlere göre ödenecek tazminattan indirilir.

Diğer hukuki sorumluluk sigortalarına ilişkin kanun hükümleri saklıdır.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

## II:SİGORTA İLE TEMİN EDİLMİŞ HUKUKİ MESULİYETLER

Madde 112 - Başkasını istihdam eden bir kimse çalıştırdığı ameleye karşı hukuki mesuliyetlerini temin için sigorta yapıpta amele, sigorta ücretinin en aşağı yarısını tediyeyle iştirak etmiş ise; sigortadan mütevellit haklar, münhasıran ameleyle ait olur.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

## DOKUZUNCU BÖLÜM: VEKÂLET İLİŞKİLERİ

### BİRİNCİ AYIRIM: VEKÂLET SÖZLEŞMESİ

#### A. TANIMI

Madde 502 - Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir.

Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.

Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

## BİRİNCİ FASIL : VEKALET

### A - TARİFİ

Madde 386 - Vekalet, bir akittirki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler.

Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur.

Mukavele veya teamül varsa vekil, ücrete müstahak olur.

Dilin sadeleştirilmesi dışında bir değişiklik yapılmamıştır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

### B. KURULMASI

Madde 503 - Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereğı ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.

818 Sayılı Borçlar Kanunu

### B - TEŞEKKÜLÜ

Madde 387 - Vekilin tevdi edilen işi idare hususunda resmi bir sıfatı varsa veya işin icrası mesleğinin icabından ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmiş ise vekalet, vekil tarafından derhal reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılır.

Dilin sadeleştirilmesi dışında bir değışiklik yapılmamıştır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

### C. HÜKÜMLERİ

#### I. VEKÂLETİN KAPSAMI

Madde 504 - Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir.

Vekâlet, özellikle vekilin üstlendiğı işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsar.

Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

### I:VEKALETİN ŞÜMULÜ:

Madde 388 - Vekalet akdinin şümulü mukavele ile sarahaten tesbit edilmemiş ise, taalluk eylediği işin mahiyetine göre tayin edilir.

Vekalet, vekilin takabbül eylediği işin yapılması için icabeden hukuki tasarrufları ifa salahiyetini şamildir.

Hususi bir salahiyeti haiz olmadıkça vekil, dava ikame edemez, sulh olamaz, tahkim edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, hibe edemez, bir gayrimenkulü temlik veya bir hak ile takyit edemez.

818 Sayılı BK. Md. 388'de belirtilmeyen, vekilin özel olarak yetkili kılınmasını gerektiren işlere “iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep etme ile, kefil olma” eklenmiştir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

### II. VEKİLİN BORÇLARI

#### 1. TALİMATA UYGUN İFA

Madde 505 - Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. Ancak, vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde, vekil talimattan ayrılabilir.

Bunun dışındaki durumlarda vekil, talimattan ayrılırsa, bundan doğan zararı karşılamadıkça işi görmüş olsa bile, vekâlet borcunu ifa etmiş olmaz.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

### II. VEKİLİN BORÇLARI

#### 1. TALİMATA UYGUN İFA

Madde 505 - Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. Ancak, vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde, vekil talimattan ayrılabilir.

Bunun dışındaki durumlarda vekil, talimattan ayrılırsa, bundan doğan zararı karşılamadıkça işi görmüş olsa bile, vekâlet borcunu ifa etmiş olmaz.



Dilin sadeleştirilmesi dışında bir değişiklik yapılmamıştır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

## 2. ŞAHSEN İFA, SADAKAT VE ÖZEN GÖSTERME

### A. GENEL OLARAK

Madde 506 - Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.

Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.

Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

## 2 - HÜSÜ SURETLE İFA MÜKELLEFİYETİ

### A UMUMİYET İTİBARIYLA

Madde 390 - Vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir.

Vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir suretle ifa ile mükelleftir.

Vekil, başkasını tevkile mezun veya hal icabına göre mecbur olmadıkça veya adet başkasını kendi yerine ikameye müsaait bulunmadıkça müvekkilünbihi kendisi yapmağa mecburdur.

Yeni Borçlar Kanunu md. 506, şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme hükümlerini düzenlemektedir. Bunu yaparken, 818 Sayılı Kanun'un 390. Maddesi'ne göre bazı farklılıklar getirmektedir.

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda vekilin mesuliyeti genel olarak işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabi kılınırken, yeni BK. 506'da bu hüküm yer almamaktadır. 506/2'de, vekilin üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm ile, özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesine ilk defa bir ölçüt getirilmiş olmaktadır. Şöyle ki; "sorumluluğun belirlenmesinde benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı" hükme bağlanmıştır.

Böylece bu düzenleme ile vekilin özen borcu ağırlaştırılmış, “örnek (model) davranış” ilkesine uygun şekilde üstlendiği işin gerektirdiği donanımına sahip sayılarak kusurunun belirlenmesi öngörülmüştür. Bundan böyle, hizmet sözleşmesine atıf yapılarak, vekalet verenin sözleşmeyi kuran bilmesi gereken kişisel özellikleri dikkate alınarak kusur değerlendirilmesi yapılmaması gerekecektir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

#### B. İŞİN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE GÖRDÜRÜLMESİ HÂLİNDE

Madde 507 - Vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumludur.

Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür.

Vekâlet veren, her iki durumda da vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı ileri sürebilir.

818 Sayılı Borçlar Kanunu:

#### B İŞİ BİR ÜÇÜNCÜ ŞAHSA YAPTIRMAK HALİNDE

Madde 391 - Vekil, salahiyeti haricinde başkasını tevkil ettikte onun fiilinden kendi yapmış gibi mesuldür.

Vekil, başkasını tevkile salahiyettar olduğu takdirde, yalnız salahiyetini kullanırken ve talimat verirken tekayyüt ve ihtimam göstermekle mükelleftir.

Her iki surette vekilin kendi yerine ikame ettiği şahsa karşı haiz olduğu bütün hakları müvekkil, doğrudan doğruya o şahsa karşı dermeyeran edebilir.

Dilin sadeleştirilmesi dışında bir değişiklik yapılmamıştır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu:

#### 3. HESAP VERME

Madde 508 - Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür.

Vekil, vekâlet verene tesliminde geciktiği paranın faizini de ödemekle yükümlüdür.

### 3 - HESAP VERME

Madde 392 - Vekil, müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeğe ve bu cihetten dolayı her ne nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediye mecburdur.

Vekil zimmetinde kalan paranın faizini de vermeğe mecburdur.

Madde 508/2'de vekilin, vekâlet verene tesliminde geciktiği paranın faizini ödemekle yükümlü olduğu belirtilirken, Eski BK. Madde 392/2'de yapılan değişiklikle, faizin vekilin parayı aldığı andan itibaren değil de vekâlet verene teslimde temerrüde düştüğü andan itibaren işleyeceği hüküm altına alınmıştır.

### Sonuç:

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olarak Türk Borçlar Kanunu, tazminat sorumluluğu konusunda önemli bazı değişiklikleri içermektedir. Bu bağlamda, söz konusu değişiklikler, tıp hukukunu doğrudan ilgilendirmektedir.

Türk Borçlar Kanunu md. 51 ile bundan böyle tazminatın hesaplanmasında, öncelikle kusurun ağırlığının dikkate alınacağı düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu md. 54 ile tedavi giderleri, ayrı bir madde halinde, bedensel zarar kapsamında sayılmıştır.

Türk Borçlar Kanunu ile getirilen önemli değişikliklerden biri, bedensel zarara uğrayan kişilerin, zararının karşılanmasında, zarara uğrayana yapılan sosyal güvenlik ödemelerinin veya ifa anlamına gelmeyen diğer tüm ödemelerin tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmamasını, dolayısıyla tazminatta bu nedenle indirim yapılamayacağını hüküm altına almasıdır.

Madde 55/2'de ise, insan zararı kökenli tazminatlarla ilgili kabul edilen ilkenin aynen idarenin sebep olduğu zararlar bakımından da uygulanması gerektiği düzenlenmiştir.

Bu demektir ki, Türk Borçlar Kanunu'ndaki bu düzenleme ile idare aleyhine açılacak destekten yoksun kalma tazminatı talepli davalar, bundan böyle adli mahkemelerinde açılacaktır.

Manevi tazminat ile ilgili olarak, md. 56/2 ile bedensel zarara uğrayanın yakınlarına da tazminat yolu açılmış olmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nda "Adam Çalıştıranın Sorumluluğu"na ilişkin,

eski Borçlar Kanunu'nda yer almayan bir düzenlemeye gidilmiştir. Türk Borçlar Kanunu md. 66/3 ile adam çalıştırana, sorumluluktan kurtulabilmesi için işletmenin çalışma düzenini, zararın doğmasını önlemeye elverişli hale getirdiğini de ispat etmek zorunluluğu getirilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu md. 66 ile adam çalıştırının, zarar veren çalışana rücu hakkının, "ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde" olduğu söylenerek rücunun sınırları belirlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesi ile getirilen düzenleme ile tazminat istemine ilişkin, eski Borçlar Kanunu'ndaki bir yıllık zamanaşımı süresi uzatılarak iki yıla çıkarılmıştır.

Türk Borçlar Kanunu, tazminat sorumluluğunu önemli ölçüde değiştirecek hükmü md. 76'da "Geçici Ödemeler" başlığı altında düzenlenmiştir.

Haksız fiilden dolayı zarar gördüğü iddiası ile dava açan kişi, davanın sonucunu beklemeden, hâkimin kararı ile geçici bir ödeme alabilecektir. Bu madde ile zarar gören kişilerin yargılama sürecindeki mağduriyetlerini azaltma açısından çok önemli bir olanak sunulmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu vekilin sorumluluğu ile ilgili getirdiği değişiklik ile özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesine ilk defa bir ölçüt getirmiştir. Md. 506 "sorumluluğun belirlenmesinde benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı" hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile vekilin özen borcu ağırlaştırılmıştır.

#### KAYNAKÇA

- YENİOCAK, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, 1. Baskı, İstanbul, 2011.
- Yeni Türk Borçlar Kanunu- İstanbul Barosu Yayını, 2011
- 818 sayılı Borçlar Kanunu, 04.02.2011 tarihli 27836 No'lu Resmi Gazetede yayınlanmıştır.
- Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı Gerekçesi, T.B.M.M Adalet Komisyonu Tutanakları
- 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 04.02.2011 tarihli 27836 No'lu Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

# HEKİMİN DİSİPLİN SORUMLULUĞU

Av. Handan Bakbak ÖZDEMİR

## A) GİRİŞ

Türk öğretisi ve uygulamasında, baskın olan görüşe göre **hekim**; mesleğini yerine getirme hakkını yasalardan almakta ve tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu da bu hakka bağlanmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta da hekimin tıbbi müdahalesi; kanunun izin verdiği faaliyet başlığı altında ifade edilmektedir. Hekimin mesleki faaliyetinin çıkış noktasında bazı görüşler; bu faaliyete kanun ve Anayasa tarafından izin verilmiş ve düzenlenmiş olmasını önemserken diğer bir görüşte; hekimin hakkını ve görevini yerine getirmesini ön plana çıkarmaktadır. Bizim hukukumuzda, devlet hekimlik mesleğini hukuk düzeni içinde meşru bir faaliyet olarak tanımış ve uygulanmasına da izin vermiştir. Bu mesleği; **1-** Öğrenimini sağlayarak, **2-** Diplomasını vererek, **3-** Kanunlarını yaparak düzenlemektedir. Anayasa'nın 27. maddesinde düzenlenen "bilim ve sanat hürriyeti" herkese bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahip olma imkanını vermiştir. Aynı hüküm İtalyan Anayasası'nın 33. maddesinde de mevcuttur. (\*Bkz. Prof. Dr. K. BAYRAKTAR/ Hekimin Sorumluluğu syf. 87-88-91-106)

**Hekimlik faaliyetinin hukuka uygun olmasını sağlayan husus tıbbi etkinliğin toplumsal yararlılığı ve hekimlik mesleğinin kurallarıdır.** Bu kurullarla kastedilmek istenen, hastanın iradesinden tamamen bağımsız olan objektif teknik kurullardır. Hukuk düzeni tarafından izin verilen mesleki faaliyet o faaliyeti yerine getirenlere bir takım haklar kazandırmakta, ancak aynı zamanda onlara bazı sorumluluklarda yüklemektedir. **Hekim tıp mesleğini yerine getirmeye kanunen izinli kılınmış ehil kişidir.** 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatları'nın Tarz-ı İcrasına dair kanunun 1. maddesi; tıp fakültelerinden diploma almayı, 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun 6. maddesi tabip odalarına kaydolmayı tıp mesleğinin uygulanması için zorunlu kılmıştır. İşte hekim açısından sübjektif hakkın varlığı bu esastan gelir. Bu hakkın varlığını oluşturan kaynakların bir diğeri de Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'dür. Hekim, devlet tarafından tanınan bu hakkı kullanırken iki sınırın varlığına uygun davranmak zorunluluğundadır. Öncelikle doğru ve elverişli araçlar kullanarak, meşru bir yol izleyerek tıp mesleğinin gereklerine uygunlukla **meslek hakkının objektif sınırını**, diğeri taraftan teşhis ve tedavi amacına yöne-

lerek hastasını iyileştirmeye çalışırken de **mesleğinin subjektif sınırını** gözetmek durumundadır. **Hekim;** mesleğinin icrasında gerekli dikkat ve özeni göstererek, bilginin emrettiği ölçülere uyararak koruyucu önlemler almak, tıp biliminin kurallarına uymak, tıp bilimindeki gelişmeleri düzenli bir şekilde izlemek, doğal riskler dışındaki her türlü yanlıştan kaçınmak durumundadır. Aynı nizamnamenin 7. maddesi ise tabip odalarına kayıtlı tabip ve diş tabiplerinin bu nizamnamenin hükümlerine tabi ve bağlı olduklarını belirtir. 19.02.1960 yılında RG'de yayınlanmış bu düzenleme özünü 23.01.1953 tarihli yasadan alır. Meslektaşın meslektaşla ve hasta ile münasebetleri açısından önemlidir. Bir de 28.04.2004 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmış 25446 sayılı Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği vardır ki bu da değişikliklerle beraber detaylı bir şekilde düzenleme yapmıştır.

(\*\*Bkz. DÖNMEZER/ ERMAN/ BAYRAKTAR-Hekimin Sorumluluğu syf.92-93-208)

Hekimlik mesleği konusunda en anlaşılır ve bugüne kadar sürekliliğini sağlamış, tıp dünyasında kabul görmüş çalışma Amerika'lı Sosyolog Eliot Freidson' a aittir. Yaptığı çalışma mesleki güç ve otonomi dinamikleri üzerine odaklanmaktadır. Otonomi tıp mesleğinin çekirdek özelliğidir. Bu tüm batı toplumlarında merkezi güç mekanizması yani devlet tarafından sağlanmaktadır. Devlet mesleğe kendi kendini düzenlemesi için yasal bir hak vermekte ve bunu çeşitli şekillerde de hizmete dönüştürmektedir. Gelişmiş ülkelerde eğitim ve sağlık kamusal hizmetlerin en önemli olanı ve en fazla bütçe ayrılanıdır. Hekimlik de sağlık hizmetlerinin asli unsurudur. Ülkemizde son dönemlerde getirilen yasal düzenlemelerle devletin kamusal sağlık hizmetleri daha verimli, daha geniş ve daha sağlam temellere oturtulmakta, sadece ekonomik imkanları iyi olanın iyi hizmet alacağı zihniyetinden ve alışılmışlığından kurtarılıp, sosyo-ekonomik sınıf ayrımı yapılmadan, herkese en iyi, en güvenilir, en geniş imkanlarla hizmet verme düzeyine getirilmeye çalışılmaktadır. Hemen bir örnek verilecek olursa; **2010/16 sayılı Başbakanlık Genelgesi** şu düzenlemeyi getirmiştir. Acil hallerde doğru ve zamanında yapılan tıbbi müdahale hayat kurtarmakta, en küçük bir gecikme telafisi olmayan olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir. Acil müdahale gerektiren durumlarda hastanın ilgili sağlık kuruluşuna gecikmeksizin ulaştırılması, ulaştırılmasını müteakiben getirildiği sağlık kuruluşunda gereken müdahalenin öncelikle ve ön şartsız olarak yapılması gerekmektedir. Herhangi bir aksaklığa sebebiyet vermeden 2008/13 sayılı genelgenin uygulanması, uygulamada karşılaşılan bazı tartışmalı hususların açıklığa kavuşturulmasında çok önemlidir. Bu düzenlemeye aykırı davranışlarda bulunanlar hakkında gereken yasal

işlem başlatılacaktır. Buradan yola çıkarak ister kamu ister özel kurum ve kuruluşunda hizmet ifa ediyor olsun, hekimin hizmetinin özen, önem ve kalitesinden dolayı hukuki, cezai ve idari sorumluluğu olduğunu belirtmeliyiz. Zira hizmet verilen unsur,öge kainatta yaratılmış organizmaların en mükemmeli olan **insandır**. Amaç, insanın sağlığını, vücut bütünlüğünü, canlılığını, canını korumak, ona zarar vermemektir. **Hipokrat'ın** her tıp öğrencisi tarafından öğrenilen ve tüm tıp mensupları tarafından bilinen en önemli öğretisinde dediği gibi,esas olan **"önce hastana zarar verme"** kuralıdır. **İşte hekimin sorumluluğu;** birçok olguda yarar - zarar dengesinin arasındaki ince çizginin aşılmasıyla ortaya çıkan tıbbi uygulama hataları ve mesleğinin icrasındaki disiplin eksikliği ile hekim açısından yarattığı sorumluluklardır. Kutsal,ulvi bir mesleğin mensubu olan hekim, mesleki, hukuki, vicdani, ahlaki yükümlülüklerini, ağır sorumluluklarını insanlık yararı için taşımaktadır. (Bkz.Prof.Dr.Oğuz POLAT Tıbbi Uygulama Hatalarının Sosyal Hukuksal Klinik Etik Boyutları Shf.45-56)

## **B) KONU İLE İLGİLİ AÇIKLAMALAR VE GENEL BAKIŞ**

Bir hekimin görevi; hastalıkları önlemek, hastaları iyileştirmek, insan yaşamını ve sağlığını korumaktır. Hekimlerin mesleğini uygularken yaptığı eylemler sonucu hukuki, cezai ve idari (disiplin) sorumlulukları vardır. Cezai, hukuki, ve idari sorumluluk hekimin mesleğini icrası sonucunda doğmaktadır. Hekimin yasal sorumlulukları konu itibariyle son derece geniş ve detaylı ayrıca da köklü bir konudur. Bu konudaki ilk yasal düzenlemelerin temelinde Hammurabi Kanunu'nun 218-225. maddeleri, Manu Mecellesi'nin lib.IX md.284'ü vardır. Hekim hastalıkları önlerken evrensel tıbbi etik ilkelerine uymak, tarafsız bir şekilde vicdani ve mesleki bilimsel kanyla çalışmak, sır saklamak, acil yardımda bulunmak, ticari amaç ve reklam yasağına uymak, aracılık ederek yarar sağlama yasağına uymak, meslektaşlarına saygı gösterip, dayanışma içerisinde olmak, hasta haklarına saygılı olmak gibi başlıca yükümlülükleriyle hareket eder. Hekim gerek kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında gerekse özel sağlık hizmeti veren kurum ve kuruluşlarda çalışıyor olsun yükümlülüklerine uymak ve hekim olmaktan doğan haklarını hem yasal hem de tıbbi etik ilkeler içerisinde kullanmak durumundadır. Hekimin kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışması halinde hem mesleki hizmet kusurları söz konusu olduğunda hem de mesleki hiyerarşik düzen içinde disiplin sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. **Hekimin disiplin sorumluluğu; hekimin zarara sebebiyet veren kusurlu davranışı, ihmali ile ortaya çıkan bir zarar ve hekimin davranışı ile zarar arasında bir illiyet (nedensellik) bağının mevcudiyeti ile sözkonusu olur ve bu eylemin disiplin cezası**

**ile cezalandırılabilir eylemlerden olması gerekir.** Türk Tabipler Birliği'nin Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 46. maddesine göre; hekimler bu kurallar bütününe aykırı davranışlarda bulduklarında 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Yasası'na göre Tabip Odaları'nın Yönetim Kurulu tarafından Onur Kurulları'na sevk edilirler. Ayrıca TTB Disiplin Yönetmeliği'ne göre 3. ve 6. maddede belirtilen disiplin suçlarını işleyenlere bu maddelerde belirtilen disiplin cezaları uygulanır. Kamu statüsünde çalışan hekimlerin sağlık hizmetlerinden dolayı haksız, hukuka aykırı bir eylemde bulunmaları halinde idari bir yaptırımla cezalandırılmaları için öncelikle bu hekim hakkında 4483 sayılı yasanın 3. maddesi gereğince soruşturma izni verilmesi gerekmektedir. Soruşturma izni verecek olan makamlar hekimlerin görev yaptıkları yerin idari durumuna göre değişmektedir. Köy ve ilçelerde bulunan sağlık kamu kuruluşlarında çalışan hekimler için kaymakamlık, illerde ise valilikler soruşturma izni vermektedir. Yetkili makam ön incelemeyi başlatır. Hekim ve ilgili sağlık personelinin ifadesine başvurulur. Gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp ön incelemeyi 20 gün içinde (yasal olarak süre bu) bitiren görevli, yetkili makama kendi görüşünü de belirten bir raporla ki (bu rapor Yönetim Kurulu'nu ve Onur Kurulu'nu bağlayıcı değildir.) ön soruşturma dosyasını sunar. Soruşturmacı hakkında soruşturma açılan kişiye suçlamayı açık ve net bir şekilde yazılı ve "gizli" ibareli olarak tebliğ eder ve 15 gün içinde savunmasını ister. Bu süre içinde savunma vermeyen kişi savunma hakkından vazgeçmiş sayılır. İlgili yetkili makam yani Yönetim Kurulu bu rapor doğrultusunda yasal soruşturma izni verip vermeyeceğine karar verir. Eğer dosyada bir eksiklik varsa 2 ay içinde soruşturma raporunun tamamlanmasını ister. Bu işlemlerde yapılan harcamalar oda bütçesinden ödenir. Soruşturmaya izin verilmesi halinde soruşturma kararının hekime tebliğinden itibaren 15 gün süre içinde hekimin itiraz hakkı vardır. İhmal veya kusuru ile zarar doğmasına sebep olan hekim için genel olarak hem cezai hem hukuki sorumluluk sözkonusu iken kamuda çalışan hekim için idari sorumluluk söz konusudur. Zira kamu görevlisi statüsünde çalışan hekimler hekimlik meslek etiğine aykırı davranışlarından dolayı kendilerine uygulanacak idari yaptırımlara da kendi bağlı oldukları kurum bünyesinde maruz bırakılırlar. Hekim hekimlik mesleğini özel bir sağlık kurum veya kuruluş bünyesinde icra ederse hekim hasta arasındaki sözleşme ilişkisi varlığından bahisle Borçlar Kanunu'nun 321. ve 390. maddesi gereği özenli davranmakla yükümlülüğünü taşır. Hekimin hukuki sorumluluğunda yapılan tıbbi müdahalenin niteliği önemlidir. Hekim; hasta ile arasındaki sözleşme gereği hastanın tedavi edilmesini yani maddi bir fiilin yapılmasını



üstlenmiştir. Hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisine Yargıtay kararlarında da yer verilmektedir. Yargıtay 4.HD. vermiş olduğu kararda hekimin tıp biliminin verilerini yanlış uygulaması ya da eksik uygulamayla mesleğinin gerektirdiği özen görevine gereği ve yeteri kadar uymaması mesleki kusurunun varlığını gösterir, bu da demektir ki bu eylem ve davranışı hekime hukuka aykırılık gereği sorumluluk yükleyecektir. Yargıtay'ın görüşü şu şekilde özetlenebilir: hekim yöneldiği sonucun elde edilememesinden sorumlu değilse de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Hekimler yasalar uyarınca meslek alanları içindeki tıbbi müdahalelerinin sonucunda tüm kusurlarından hafif de olsa sorumludurlar. Hekimlerin cezai sorumluluğu ise yine mesleğini uygularken yaptığı eylemler sonucu doğmaktadır. Hastasına zararı bilerek ve isteyerek vermişse eylemi kasten (yaralama, organ kaybı ve ölüm) herhangi bir müdahaleyi yapmadıklarından ya da gereği gibi uygulamamaktan dolayı zarar verdiyse taksirle sorumludur. Buraya kadar kısaca hekimin hukuki ve cezai sorumluluğunu idari sorumluluktan farklılığını da belirterek özetledik. Oysa durum bir kamu kurum ve kuruluşunda hizmet veren hekim için farklıdır. Şöyle ki; hatalı olduğu iddia edilen uygulamanın yapıldığı yer bir kamu hastanesi ve uygulamayı yapan kişi bir kamu görevlisi ise durum idare hukukunu ilgilendirmektedir. Türkiye'de idari yargı İdare Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri ve yüksek mahkeme olarak Danıştay'dan oluşur. Kamu kurum ve kuruluşlarında gerçekleşen bir hatalı uygulama sonucu zarar gördüğü iddiasında olan kişi İdare Mahkemesi'nde dava açar. İdare Mahkemesi kararının itiraz mercii Bölge İdare Mahkemesi onun kararlarının itiraz mercii ise Danıştay'dır. Danıştay'da konu ilgili dava dairesinde ele alınır. İlgili Danıştay dairesinin kararına itiraz ise Daire Genel Kurulu'nda görüşülür. Dava Daireleri Genel Kurulu kararı artık nihaidir. İç hukuk yolları tükenmiş olur. Bu durumda sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yolu kalır. Kamu hastanelerinde ortaya çıkan hukuk dışı durumlar için hukuk mahkemelerinde tazminat talebi ile dava açılmaz. Kusurlu uygulamayı yapan idari açıdan yargılanır, ancak zarar görenin tazminat talepleri de idari mahkemesi tarafından değerlendirilir, tam yargı davası olarak görülür. Hekimin disiplin sorumluluğu 6023 sayılı TTB'nin yasasının 38-39-40. maddelerinde kurallara bağlanmıştır. Hekim sağlık hizmetini verdiği kurum olarak bir kamu kurum veya kuruluşunda çalışıyorsa devlet memurları yasasına bağlı olmaktadır. Hak ve sorumlulukları yükümlülükleri de adı geçen yasa çerçevesinde tutulmaktadır. Öyle ki; söz-

konusu uygulama kamu hastanesinde uygulama yapan ancak kamu görevlisi olmayan bir sağlık çalışanı tarafından yapılmış olsa bile eğer hekim hastanede yatan bir hastaya acil müdahale için başhekim tarafından davet edilmiş ve görevlendirilmiş bir hekim ise kamu hastanesinde işlem yapıp, hataya sebep olduğu için kamu görevlisi gibi yasal işleme maruz kalacaktır. (Bkz.Prof.Dr.Oğuz POLAT Tıbbi Uygulama hataları Shf.274-275) \*Kamu kurum ve kuruluşunda yani idari bir kurumda çalışan hekimler görevleri nedeniyle ortaya çıkan haksız eylemleri yani işledikleri suçlar açısından da 4483 sayılı Memurlar ve diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun hükmüne göre ceza yaptırımlarına tabi olacaklardır. Ayrıca kamu sağlık kurumunda çalışan hekimin işleyeceği disiplin suçu da 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'ndaki kurallara göre çözümlenecektir. Şimdi asıl önemli husus; kamu sağlık kurum ya da kuruluşunda hizmet veren hekimin hizmetinin ifası sırasında disiplin suçu işlemesi halinde ne gibi yaptırımlarla karşılaşacağı konusudur. 657 Sayılı Yasa'nın 125. maddesi bu konunun açıklamalarını ihtiva etmektedir. **Bu maddenin son fıkrası özel yasaların disiplin suçlarına ilişkin hükümlerinin saklı bulunduğu belirtmektedir.** Yani disiplin suç ve cezaları olan başka özel yasalardaki suç ve cezalar ilgili memurlara, bizim açımızdan da hekimlere öncelikle uygulanmaktadır. Genel olarak 657 sayılı yasadaki disiplin cezaları ve eylemleri başkaca özel yasalarda hüküm bulunmaması halinde tek başına diğer memurlar gibi hekimlere uygulanır. **Hekimlere uygulanan başlıca cezaları;** uyarma, kınama, memuriyet kademesinde kısa süreli durdurma/uzun süreli durdurma, geçici olarak görevden çıkarma, devlet memurluğundan çıkarmadır. Bunları kısaca ana başlıkları ile ele alacak olursak hangi suça hangi müeyyidenin uyguladığını şöyle sıralayabiliriz.

#### **İHTAR cezasını gerektiren durumlar;**

- \* Hekimin görevine karşı ilgisiz,güvensiz,duyarsız olması,
- \* Hasta,hasta yakını kişilerle ya da çalışanlar dışındakilerle görev sırasında görüşmeyi adet haline getirmesi,
- \* Hekimlik mesleğine uygun olmayan hal ve davranışlarda bulunması,
- \* Meslektaşlarına, yanında çalışan personele, hasta ve hasta yakınlarına saygısız ve uygunsuz davranması,
- \* Mazeretsiz olarak görevine gelmemesi,mesai saatlerine uygun davranmaması, görevinden erken ayrılması,

\* Hekimlikle ilgili görevlerin sağlık kurum ve kuruluşunca işbirliği içinde yapılması ilkesine uymaması veya aykırı davranışlarda bulunması,

\* Mesleği ile ilgili yöneltilen soruları cevaplamaması, savsaklaması,

\* Yasa, tüzük, yönetmelikle, ya da kurum ve kuruluşça verilen karar ve emirlere uygun davranmaması, verilen görevi uzatması, gereksiz harcamalara neden olacak yazışma ve görüşmeler yapması.

### **İHTAR; HEKİME GÖREVİNE GEREKEN ÖZEN, ÖNEM ve DİKKATİ GÖSTERMESİ HUSUSUNUN YAZILI OLARAK BİLDİRİLMESİDİR.**

#### **KINAMA cezasını gerektiren durumlar;**

\* Sağlık hizmeti dışında resmi niteliklerinin gerektirdiği itibar ve güveni sarsıcı davranışlarda bulunması,

\* Görevinin ifası sırasında kendisinden meslek konumu olarak üst kademedeki meslektaşına karşı saygısızlık yapması,

\* İzin almadan, çalıştığı kurum ve kuruluşça kabul edilmiş bir mazereti bulunmaksızın 1 gün görevine gelmemesi,

\* Çalıştığı kurum ve kuruluşa ait araç ve gereçleri özel işlerinde kullanması,

\* Bir hastaya ait muayene ve tedavi belgelerini kasıt olmadan kaybetmesi,

\* Meslektaşlarına, hasta ve hasta yakınlarına, yanında çalışan personele kötü davranması,

\* Özel yasa ve yönetmeliklerle belirtilen durumlar dışında yasa, tüzük, yönetmeliklere göre hekimlik görevi ile ilgili bilgi, belge ve dökümanları yetkili kişi ve makama gününde vermemesi halleri **KINAMA** cezasını gerektirir.

#### **HEKİMİN MEMURİYET KADEMESİNİN KISA SÜRELİ DURDURULMASINI gerektiren durumlar; (4 ay için durdurma)**

\* Hekimin izinsiz olarak, çalıştığı kurum ve kuruluşça özü kabul edilmeksizin aralıksız 2 ila 5 gün arası görevine gelmemesi,

\* Hekimin yasa, yönetmelik ve tüzüklere uygun olarak kendi sorumluluğundaki işleri yerine getirmemesi,

\* Hekimin görevi ile ilgili resmi belge, araç ve gereçleri görevi sona ermesine, çalıştığı kurum veya kuruluşça yazılı olarak talep edilmesine rağmen geri vermemesi,

\* Hekimin doğrudan doğruya ya da aracı aracılığıyla hediye talep etmesi, çıkar sağlaması, hasta ve hasta yakınlarından borç para talep etmesi ve alması,

\* Hekimin sağlık hizmetinin ifası sırasında resmi sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsıcı davranışlarda bulunması,

\* Hekimin kendisine yetki verilmediği halde kamu görevlerine dair başına , yazılı ve görsel yayın kuruluşlarına bilgi, demeç vermesi,basın toplantısı yapması,

\* Hekimin yükümlü bulunduğu halde devir,teslim işlerini yapmadan ya da bu işlemler tamamlanmadan yasa ve yönetmelikte belirtilen süreler de dolmadan görevini bırakıp yeni görev yerine gitmesi şeklinde tanımlanmıştır.

### **HEKİMİN MEMURİYET KADEMESİNİN UZUN SÜRELİ DURDURULMASINI gerektiren durumlar; (12-16 ya da 20 ay süre için durdurulması)**

\* Hekimin ya da sağlık personelinin izinsiz olarak veya çalıştığı kurum ve kuruluşça izin verilmeksizin aralıksız 6 ila 10 gün göreve gelmemesi,

\* Hekimin görevini yerine getirmesinde yani sağlık hizmeti vermesinde dil, ırk, cinsiyet, din, mezhep, siyasi düşünce ya da felsefi inanç ayrımını gözetmesi kısaca ayrımcılık yapması,

\* Hekimin görevini yerine getirmesinde keyfilik ya da husumet besleyerek davranması ya da kin duygusu ile hasta ve hasta yakınlarının ya da birlikte çalıştığı kurum personelinin gereksiz biçimde yarar ya da zararlarını doğuran davranışlarda bulunması,

\* Hekimin denetimi altında bulunan ya da kendi görevi veya bağlı bulunduğu kurum ve kuruluş ile ilgisi olan bir girişimden doğrudan ya da dolaylı olarak (aracı ile) çıkar sağlaması hallerinde bu disiplin cezası uygulanır.

### **HEKİMİN GEÇİCİ OLARAK GÖREVDEN ÇIKARILMASINI gerektiren durumlar;**

Geçici olarak görevden çıkarma cezası; hekimin kadrosu aynen kalmak sureti ile 1 ila 6 ay arası aylıksız olarak geçici süre ile görevinden çıkarılmasıdır.

\* Hekimin kendinden üstlerine ya da meslektaşlarına karşı görevini ifa sırasında fiili saldırıda bulunması,

\* Hekimin Devlet Memurları Yasası ile ilgili öngörülen grev yasağına uymaması ve grev kapsamında eylemler yapması,

\* Hekimin diplomatik statüsünden yararlanarak yurt dışındaki yerel mevzuata göre kaçakçılık sayılan eylemlerde bulunması durumlarında bu yaptırım uygulanır.

**HEKİMİN DEVLET MEMURLUĞUNDAN ÇIKARILMASINI gerektiren durumlar;**

**Çıkarma işleminin gerçekleşmesi ile hekimin devlet memurluğuna atanmamasını gerektiren bir disiplin işlemidir.**

\* Yetkili olmadığı halde hekimin dış ve iç güvenlikle ilgili ya da kamu sağlık hizmetlerinin yürütülmesi veya kamu yararı bakımından gizli kalması zorunlu olan bilgi ve belgeleri açıklaması ,

\* Hekimlik (kamu görevi) niteliği ile uyuşmayacak biçimde utanç verici davranış,hal ve tutumlarda bulunması,

\* Hekimin savaş durumunda, olağanüstü hallerde ya da genel hayata etki yapan durum ve afetlere uğrayan yerlerde kendisinin yerine atanmalar oraya gelip göreve başlamadan görev yerinden ayrılmamasının bildirildiği (tebliğ edildiği ) hallerde bu bildirim uymaması,görev yerini terk etmesi,

\* Hekimin izinsiz ya da çalıştığı kamu kurum ve kuruluşlarınca kabul edilmiş özürlü olmaksızın 1 yıl içinde toplam olarak 30 gün göreve gelmemesi hallerinde bu en ağır disiplin yaptırımı uygulanır. (Bkz.Av.Sunay ÖNER AKYILDIZ-Em.Hk.Hasan ÖZKAN Açıklamalı -İçtihatlı Hasta ve Hekim Hakları Shf.83-87)

Görülüyor ki; disiplin sorumluluğu hekimin hizmetinin kendisine yüklediği ve olması gereken hizmet tutumunun ihlali halinde ortaya çıkan yaptırımlardan oluşmaktadır. Hekimin hizmetini ifasında kendisine, üstlerine, kurumuna, hastalarına, hasta yakınlarına ve diğer ekip arkadaşları olan sağlık personeline karşı sorumlulukları vardır. Bunlar sağlık hizmetinin sunum kalitesini ve kurumsal bütünlüğü etkileyen çok önemli unsurlardır.

27.06.2008 - 01.06.2010 tarihleri arasında 26 Tabip Odası 580 hekim hakkında inceleme yapmış ve 391 dosya görüşülerek 26 hekime UYARI ,87 hekime de 15 gün ila 6 ay arası meslekten men cezası vermiştir.Bunlar disiplin cezası olmakla beraber, idari yargıda hekimin disiplin sorumluluğu ile ilgili olarak aynı zaman aralığında 483 dava ikame edilmiş ve

karar altına alınmış, ancak bunlarda mesleki disiplin cezaları verilmekle beraber tazminata hükmedilmemiştir. Zira her adli yargı çevresinde idari yargı mahkemelerinin bulunmaması, özellikle Anadolu şehirlerinde hak arama açısından ciddi bir sıkıntı yaratmaktadır. İdari yaptırımla karşılaşılan hizmet kusuru bazen hekimin kendisinden değil idari kurum ve kuruluşun işleyişinden de kaynaklanan düzensizlik, yetersizlik ve eksikliklerden de ortaya çıkabilir. Mesela yeterli donanım ve malzemedan yoksun bir kamu sağlık kuruluşunda hekim sistemin eksikliğinden dolayı yeterli ve gerekli hizmeti veremeyebilir. Tıbbi araç gereç yokluğu sözkonusu ise hastaya teşhis, tanı ve tedavide istenilen ve olması gereken tıbbi hizmeti veremeyebilir. Bu durumda sorumluluk sistemin mi, kurumun mu çaresiz hekimin mi olacaktır? Bu sayılanlar birer hizmet kusuru olarak yine sorumluluk sebebidir ve bu kez hem hastane hem hekim sorumludur. İdarenin sağlık birimi olarak devlet hastanelerinde hizmet kusurunu üç ana başlıkta toplayabiliriz. **\* Hizmetin geç ve yavaş işlemesi, \*Hizmetin kötü işlemesi, \*Yeterli, bilgili, beceri ve özveri sahibi,uzman sağlık çalışanlarından oluşan kadroların oluşturulamaması. \*\*\*Danıştay kararlarına göre hizmetin kötü, geç, yavaş ve eksik işlemesi idarenin hizmet kusurudur. Devlet hastanelerinin işleyişi ile ilgili ıslah projeleri bir an önce hayata geçirilmelidir. Halen bırakın tomografi cihazını, yeterli hasta sedyesi dahi bulunmayan hastanelerimiz mevcuttur. Geç işleyen, hiç işlemeyen ya da yeterli ve gerekli sağlık hizmeti veremeyen idari sağlık kurum ve kuruluşlarında zarara uğrayan, şifa bulamayan, ciddi cismani kayıp ve yoksunluklar yaşayan kişilerin zararlarının ödenmesi sorumluluğu da idarenin hizmet sorumluluğu içindedir. Sağlık personelinin görev kusuru ile ortaya çıkan, idare tarafından yüklenilen zararların tazmininde idarenin sağlık çalışanına rücu hakkı bulunmakla (Anayasa'nın 129/5. maddesi gereği) beraber kendi hal ve idaresinden kaynaklanan hizmet kusurları da fazlacadır. Herzaman yükü hekimin ve sağlık personelinin omuzuna yıkmak hak ve adalete, kurumları ıslah edilmiş, üstün hizmet kalite standardına ulaştırma amaç ve çalışmalarını, sağlık sektöründeki kuruluşların günün ve çağın ihtiyaçlarını karşılar niteliğe ulaştırılmasını engeller bir tutum olacaktır. Hekimi bu noktada yasal sorumluluk ve disiplin cezalarından kurtarabilecek, yargıya ışık tutup hakkaniyetli kararlara ulaştıracak en önemli öge; dikkatli, yeterli ve gerekli bilgileri ihtiva eder şekilde tutulmuş kayıtlar, yazılı belgeler, tanı, teşhis ve tedavi bilgilerini, hastanın yazılı onaylarını gösteren tutanaklar, klinik bulgu ve kayıtlar kısacası her türlü yazılı belge ve beyanlardır. Hekim**

her ne koşulda çalışırsa çalışsın, kurum ve kuruluş hangisi olursa olsun, belge ve kayıtlarını çok çok iyi düzenlemeli, saklamalı ve iyi bir arşiv tutmalıdır. Danıştay'ın özellikle 10. ve 12.Daire kararlarında bu hususta fazlasıyla örnek oluşmuştur. (Bkz.Hk.Turan ATEŞ Hekimlerin Cezaî ve Hukukî Sorumlulukları-Devlet Hastanesi'nde Çalışan Hekimin Durumu)

### C) SONUÇ

Genel bilgileri şu şekil de toparlayacak olursak; Anayasa'nın 56. maddesinin 3. ve 4. fıkraları her şeyi kısaca özetler. "Devlet herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak işbirliğini gerçekleştirmek amacı ile sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak onları denetleyerek yerine getirir. "Bu durumda kamu hastanelerinde insanlara sağlık hizmeti veren hekimler ve diğer sağlık çalışanı, personel ve görevliler kamu personeli konumundalardır, böylece kamu hastanelerinde sağlık hizmeti alan hastalar ile sağlık hizmeti veren hekim ve diğer personel arasındaki ilişki İdare Hukuku'na tabidir. Özel hukuk anlamında sözleşme ilişkisi sayılamaz. Hekimin teşhis, tanı, tedavi, tıbbi müdahale şeklindeki tıbbi hizmeti sırasında hastasına zarar vermesi halinde İDARE HİZMET KUSURU ortaya çıkar ve burada KURUM yani İDARE sorumludur. İdare hekimin kusurlu durumunda kusuru hekime rücu edebilir. Hekimin idareye ve kamuya karşı aynen tüm hekimlerin hukuki, cezaî sorumluluğu gibi kamu görevlisi (memur) sıfatından dolayı disiplin sorumluluğu vardır.

Devlete yükletilmiş sağlık hizmetini sağlama görevinin vatandaşa sunulması noktasında kamu hastanelerinde çalışan hekim ile hasta arasındaki ilişki kamusal bir ilişkidir. Kamu hastaneleri vatandaşa hizmet amaçlıdır ve kar elde etmek amaç ve hedefleri yoktur. Faaliyetleri idari eylemdir. Hekimle hasta arasında zorunlu olan özel hukuk sözleşmesi olmadığı için hekime karşı doğrudan dava açılmaz. Ancak hekim hizmetinin ifasında disiplin yaptırımlarının müeyyidesi altında, idareye karşı kendi görev niteliğinden dolayı çok ciddi anlamda sorumludur. Bir hukuk devleti olarak ülkemizde kamusal otorite kendi memurunun yaptığı tüm hukuka aykırı tasarruf ve fiillerden sorumludur. İdarenin bu sorumluluğu aslında kusursuz sorumluluktur. (Bkz.Prof.Dr.H.HANCI Tıbbi Girişimler Nedeni ile Hekimin Sorumluluğu Shf.150-151)

Kamu hastanesinde çalışan bir hekim de serbest çalışan bir hekim gibi Tıp Deontoloji Tüzüğü'nün öngördüğü normlara ,yükümlülüklerle riayet etmeli, hastasını aydınlatarak rızasını almalı, hasta kayıtlarını düzenli,dikkatli ve doğru şekilde tutmalı, kayıtların korunmasını sağlamalı, meslek sırrına riayet etmeli,mesleğini icra ederken tüm özen, dikkat ve önemi göstermeli, hastasına, hasta yakınlarına, meslektaş ve diğer sağlık çalışanı mesai arkadaşlarına, üstlerine ve kurumunun tüzel kimliğinin ve kendisinin itibar ve güvenine layık bir davranış uslubunda olmalıdır. Çünkü kamu hastanelerinde amaç; kural olarak kendilerine başvuran hastaları kabul edip, tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde tedavilerini gerçekleştirmek, teşhis ve tedavide bilgi, dikkat ve özenle hastanın bakımını gerçekleştirmektir. Ancak küçük bir farklılığı ifade etmekte fayda vardır. **Hizmet kusuru** en genel şekliyle idarenin kuruluşunda,düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan bir aksamayı ifade eder. **Görev kusuru ise** kamu personelinin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu görevini ifa ederken uyulması zorunlu kuralları çiğnemesi ve bu yüzden bir zarara yol açmasıdır. Görev kusuru kamu personeline rücu bakımından önem taşır. İşte hekimin disiplin sorumluluğu da bu safhada ortaya çıkar. (Bkz.Av.Cemal ÖZTÜRKLER Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk Shf.185-188)

**Tüm bu kaynaklar ve bilimsel esaslar,araştırmalar dahilindeki açıklamalar ışığında asıl önemli olan ve kısaca özetlenecek husus şudur. Tüm normlar, disiplinlerarası düzenlemelere rağmen bir hekimin en önemli yaptırımını, öncelikle kendisine ve ulvi mesleğine sonra da insana, insanın varlığına olan saygısı, sevgisi ile kendi vicdani ve ahlaki değerleri, mesleki ilkeleri ve kendine karşı sorumluluk duygusudur.**



**KAYNAKÇA**

- \*ATEŞ Turan Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları (Nobel Tıp Kitabevi 2.Basım 2010)
- \*DEMİRKOL-TEKİN-TOKTAŞ Danıştay İdari Dava Daireleri Karar Özetleri (Adalet Yayınevi 2005)
- \*ER Ünal Sağlık Hukuku (Savaş Yayınevi 2008)
- \*HAKERİ Hakan Sağlık Hukuku Mevzuatı (Seçkin Yayınevi 2010)
- \*HAKERİ Hakan Hekimlerin Ceza ve Disiplin Sorumlulukları (Seçkin Yayınevi 2003)
- \*İPEKYÜZ YAVUZ Filiz Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi (Vedat Yayıncılık 2006)
- \*KICALIOĞLU Mustafa Tıp Deontoloji Tüzüğü (Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları (Adalet Yayınevi 2011)
- \*ÖNER Sunay - ÖZKAN Hasan Hasta ve Hekim Hakları ve Davaları (Seçkin Yayınevi 2008)
- \*ÖZTÜRKLER Cemal Hukuk Uygulamalarında Tıbbi Sorumluluk,Teşhis,Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları (Seçkin Yayınevi 2003)
- \*POLAT Oğuz Tıbbi Uygulama Hataları (Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutta) (Seçkin Yayınevi 2005)
- \*SAVAŞ Halide Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları (Seçkin Yayınevi 2.bası2011)



# TIBBİ MALPRAKTİS VE KOMPLİKASYONDAN DOĞAN SORUMLULUKLAR

Av. Halide SAVAŞ

## GİRİŞ

Tıbbi malpraktis (tıpla ilgili kötü uygulama) ve komplikasyon (karışıklık, istenmeyen durum), tıbbi müdahaleler nedeni ile oluşabilen durumlardır. “Canlı doğasının olağan akışına tıp bilimi çerçevesinde karışma” olarak da tanımlayabileceğimiz “tıbbi müdahale”, basit bir enjeksiyondan en karmaşık ameliyata kadar sıralanabilen her türlü tıbbi uygulamayı kapsar.

Uygulamada çoğunlukla “**Tıbbi Müdahale**”<sup>1</sup> olarak isimlendirilen, vücut bütünlüğüne etkili fiillere doktrinde; “Tıbbi Yardım ve El Atmalar”<sup>2</sup>, “Tıbbi Faaliyetler”<sup>3</sup>, “Tıbbi Uygulama”<sup>4</sup>, “Tıbbi Girişim”<sup>5</sup>, “Teşhis Tedavi Edimi”<sup>6</sup>, “Hekimlerin Mesleki Faaliyetleri”<sup>7</sup> gibi çeşitli isimler verilmektedir.

Tıbbi müdahalelerle, ruh ve beden sağlığına yönelik fiilleri gerçekleştiren sağlık mesleği mensupları<sup>8</sup>, zor şartlarda ve özverili olarak mesleklerini icra etmektedirler. Her meslek mensubunun olduğu gibi sağlık mes-

- 
- 1 Belgesay Mustafa Reşit. Hekimin Hukuki Borçları, s.110 ; Dönmezer Sulhi – Erman Sahir. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c.2, s.44; Özsunay Ergun. Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve istisnaları, s. 32; Özek Çetin. Hekim ve Hukuk Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları, s. 446 ; Artuk Emin – Gökçen Ahmet – Yenidünya Caner. Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.524; İçel Kayıhan- Sokulu Akıncı F., Özenç İzzet- Sözüer Adem-Mahmutoğlu Fatih Selami- Ünver Yener. Suç Teorisi, s.175 ; Soyaslan Doğan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.354; Ayan Mehmet. Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluklar, s. 5; Çilingiroğlu Cüneyt. Tıbbi Müdahaleye Rıza, s.15; Erman Barış. Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.45-93 ; Çakmut Özlem. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s. 24 ; Öztürkler Cemal.Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, s.7; Kök Nezh – Çankaya Hasan. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Tıbbi , Etik ve Hukuki Sorunlar, s. 545; Yavuz İpekyüz Filiz. Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, s. 22
  - 2 Aşçıoğlu Çetin. Tıbbi Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, s.15-144
  - 3 Bayraktar Köksal. Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu , s. 9, 65
  - 4 Polat Oğuz. Tıbbi Uygulama Hataları, s.28,29
  - 5 Hatun Şükrü. Hasta Hakları, s.13
  - 6 Özdemir Hayrünisa. Teşhis Tedavi Sözleşmesi, s.51,52
  - 7 Reisoğlu Seza. Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, s.2; Güran Sait. Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, s. 77
  - 8 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 280.maddesinin 2. fıkrasında “sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır” denilmektedir. “Sağlık mesleği mensubu” konusunda detaylı bilgi için bkzn.: Savaş Halide. Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, s.35 vd.

leği mensubunun da sorumlulukları mevcuttur. Ancak, sağlık mesleği mensubunun sorumlulukları çok ağırdır. Çünkü sağlık mesleği mensubu mesleğini, canlı üzerinde icra etmektedir. Tıp mesleği uygulanırken, ufak bir ihmal dahi, yaşam hakkını hukuka aykırı olarak ihlal eder nitelikte sonuç doğurabilir. Zaten, bu ağır sorumluluğun bilincinde olarak hareket ettiklerine inandığım sağlık mesleği mensupları, mesleki uygulamalarında, maksimum dikkat ve özenle hareket etmelidirler. Ayrıca, tıbbi hataların oluşmaması için, sağlık personeli çalıştıran sistemler de gerekli önlemleri almalı; üzerlerine düşen sorumlulukları layıkıyla yerine getirmelidirler.

Sağlık hizmeti sunan kişilerin ve kurumların, tıbbi malpraktis ve komplikasyon dolayısı ile sorumlulukları gündeme gelebilir. Makalenin başlığında, “Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar” ibaresine özellikle yer verilmiştir. Zira, “maddi yada manevi zarar doğuran bir tıbbi müdahale sonucu “komplikasyon” ise sorumluluk doğmayacağı” yönünde, yanlış bir kanaat bulunmaktadır. **Zarar oluşturan durumun tıbbi kötü uygulama ya da komplikasyon olarak tespiti başka şey, sorumluluk doğup doğmadığının tespiti başka bir şeydir.**

Makalemizde, öncelikle hukuka uygun tıbbi müdahalenin unsurları belirtilecektir. Zira, cezai ya da hukuki sorumluluk doğması için gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olması gerekir. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartlarından bazılarının gerçekleştirilmemesi halinde sorumluluk sebebi malpraktis ya da komplikasyon olarak belirlenebilir. Burada belirtmek gerekir ki, aslında sorumluluklar bakımından, sorumluluk sebebinin ne olduğundan çok sorumlulukların neler olduğu önemlidir. Ancak, makalemizde spesifik olarak Malpraktis ve Komplikasyondan doğan sorumluluklar irdelenecek olduğundan sorumluluk sebeplerine de değinilmiştir. Makalemizde ayrıca, “Tıbbi Malpraktis”, “Komplikasyon”, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyon Ayırımında Sorumluluklar” ve “Yargı Kararlarında Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar” konularına değinilecektir. Tıbbi müdahaleler nedeni ile hangi hallerde sorumluluk doğabileceği; hukuki düzenlemeler, hukuk doktrini ve Yargıtay uygulaması çerçevesinde anlatılacaktır.

### **Hukuka Uygun Tıbbi Müdahalenin Unsurları**

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için, müdahaleyi gerçekleştirecek kişi gereken ehliyete ve yetkiye sahip olmalıdır; müdahale meşru bir amaç için gerçekleştiriliyor olmalıdır; vücudunda müdahale gerçekleştirilecek kişi, bilgilendirilmiş ve rızası alınmış olmalıdır; müdahale, mev-

cut tıp bilim ve tekniğine uygun olarak, dikkatli ve özenli şekilde gerçekleştirilmiş olmalıdır.

Alman Federal Yüksek Mahkemesine göre, doktorun tıbbi müdahalesi esas itibariyle kasten gerçekleştirilmektedir ve hukuka uygunluk koşulları yok ise hekimin iyileştirme amaçlı tıbbi müdahalesi kasten müessir fiil suçunu oluşturur<sup>9</sup>.

Ceza hukuku doktrin ve uygulamasında “hakkın icrası” hukuka uygunluk sebebi olarak da belirtilen; ehliyetli ve yetkili kişinin müdahalede bulunması hali mevcut değilse, (örneğin, bir cerrahın yapabileceği müdahaleyi cerrah olmayan, ameliyat yapma konusunda eğitim almamış, yetkisi bulunmayan kimsenin yapması halinde) o işlem hukuka aykırı olur. Zaten, hekim olmadığı halde, hekimlerin yapabileceği tıbbi müdahaleleri gerçekleştiren kimselerin bu fiilleri, cezai sorumluluk bakımından kasıtlı suçlar kapsamında değerlendirilir<sup>10</sup>. Ancak burada, acil hallerde yapılan hayat kurtarmaya yönelik müdahalelerden değil acil olmayan tıbbi müdahalelerden bahsettiğimizi belirtmeliyiz. Zira acil hallerdeki yardım ve bildirim yükümlülüğü Caza Kanunu’nun 98. maddesi gereği her vatandaşa yüklenmiş bir sorumluluktur.

Hekimlerin yaptığı meşru amaçlı ameliyatlarda, bir kimsenin ölümü veya yaralanması durumunda, kanunen yetkili olarak meslek icra ediliyorsa ve hastanın müdahaleye rızası varsa, hekim hatası bulunmaması ve tıp kurallarına uygun davranılması koşulları ile müdahale hukuka uygun olur. Bu şartlar altında, bir ameliyat neticesinde meydana gelebilecek komplikasyondan dolayı hekim sorumlu olmaz<sup>11</sup>.

Hekimin hastasına karşı üstlendiği en önemli iki yükümlülüğü, tıbbi müdahale öncesi hastayı aydınlatma ve rızasını alma yükümlülüğü ile hastaya zarar vermektan kaçınma yoluyla tıp bilimi ve uygulamasının genel kabul görmüş kurallarına uygun özenli çabayı sarf etme yükümlülüğüdür<sup>12</sup>.

9 Ünver Yener. Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin Sağlık Hukukuna İlişkin Yeni Tarihli Bazı Önemli Kararları, s.142 ,Sağlık Hukuku Digestası,YIL:1, Sayı:1, Ankara Barosu Yayınları 2009

10 Hakeri Hakan. Tıp Hukuku. Seçkin Yayıncılık, s.294, Ankara 2007

11 Ünver Yener. Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyum Kitabı, s.167,16-17 Ocak Mersin, Mersin Barosu Yayını

12 Şenocak Zarife. Hekimin hukuki sorumluluğunun özel sorunları,Tıbbi Standartlar ve İspat, s.243,244, Sağlık Hukuku Kurultayı Kitabı, 1-3 Kasım 2007 Ankara,Ankara Barosu Yayınları,2008

Makalemizde detaylı olarak değinmek istediğimiz konu, “hastanın hukuka uygun aydınlatılmış onamı (ilgilinin rızası) alınmaksızın yapılan müdahalelerin hukuka aykırı olduğu, kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği” hususudur. Bu nedenle “ilgilinin rızası” konusunda daha detaylı açıklamalarda bulunacağız.

### **Aydınlatılmış Onam**

Tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren en önemli nedenlerden biri “ilginin rızası”, başka bir deyişle “aydınlatılmış hasta onamı”dır. Kişi, vücudu üzerinde gerçekleştirilecek uygulamalar hakkında bilgilendirildikten sonra hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü üzerinde etkili olacak bir karar vermek durumundadır. Ya müdahaleye izin verecektir, ya da izin vermeyecektir. Burada net olan, bu kararı verecek kişinin, üzerinde müdahale gerçekleştirilecek kimse olmasıdır. Zira, sözkonusu olan onun hayatı, vücudu ve haklarıdır. Kişinin, sağlıklı yaşama hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkı gibi hakları sadece kendisi tarafından üzerinde tasarrufta bulunulabilecek haklardır. Ancak bu tasarrufların kanuna, ahlaka, adaba aykırı olmaması gerekir.

Makalemizde, aydınlatılmış onamın nasıl olacağı, çeşitleri, şekli, zamanı, kapsamı gibi konulardan bahsedilmeyecektir. Ancak aydınlatılmış onamın usulüne uygun olarak alınmaması halinde ortaya çıkan hukuka aykırılık halinin ve sorumlulukların sebebi yönünde bir bakış açısı oluşturacak iki temel konudan bahsedilecektir. Bunlar “Hayat , Vücut Bütünlüğü ve Sağlık Hakları Çerçevesinde Aydınlatılmış Onam” ve “Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Çerçevesinde Aydınlatılmış Onam” konularıdır.

### **Hayat, Vücut Bütünlüğü ve Sağlık Hakları Çerçevesinde Aydınlatılmış Onam**

İnsanların hayat ve vücut bütünlüklerinin korunması tarihin en eski dönemlerinden günümüze kadar önemini korumuştur. İnsanın en tabii ve vazgeçilmez hakkı olan “yaşama hakkı”, diğer bütün haklardan yararlanabilmenin önşartıdır<sup>13</sup>.

Kişilik hakkı, kişinin kişisel değerlerinin tümü üzerinde geçerli bir mutlak haktır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Yasaya ve genel ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmaz. Medeni Kanun’un 23. maddesi “kimse hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden

13 Tok Özen. Osmanlı Dönemi Hekim-Hasta İlişkileri (Kadı Sicillerine Göre XVII. Ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri Örneği),s.:788-805, Turkish Studies International Periodical Fro the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic,Voluma ¾ Summer 2008-01-10

vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz” şeklinde bu durumu belirtmektedir. Ayrıca Medeni Kanun’un 24. maddesi kişilik değerlerine dışarıdan gelen saldırıların önlenmesine yöneliktir<sup>14</sup>.

Hayat hakkı, vücut bütünlüğü hakkı ve sağlık hakkı başlıca kişisel değerlerdendir. Kişinin rızası olmaksızın vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahale hukuka aykırıdır. Bu, “İnsan Vücudunun Dokunulmazlığı” prensibi gereğidir<sup>15</sup>. İnsani değerlerin dokunulmazlığı herkes için geçerli olduğu gibi hekimler için de geçerlidir. Hekim, hastanın kişilik haklarına, onun bireysel özerkliğine ve vücut (ruh ve beden) bütünlüğüne saygı göstermek zorundadır. Hekim tıbbi uygulamalarında “meslek özgürlüğü” adı altında olayın hakimi olmamalı ve hastanın kaderini belirlemelidir<sup>16</sup>.

**Yargıtay’ın bu konudaki görüşü şöyledir:** “Kişiler, kendi vücutları üzerinde, ayırık durumlar hariç, ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler, kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği; muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir”<sup>17</sup>. Rıza, kişinin kendi bedeni üzerindeki tasarruf hakkının garantisidir<sup>18</sup>.

Hastanın rızasının alınmasında yapılan mesleki hatalar, hastanın rızasını alırken hekimin zorlamasının olması, ehliyetsiz hastaya velisinden, vasisinden ya da mahkemeden izin alınmadan müdahale yapılması, boş bir rıza formuna imza attırılmak suretiyle onam alınması gibi hatalardır<sup>19</sup>.

Rızanın hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için, hukuka ve ahlaka aykırı olmaması, sakatlanmamış olması gerekmektedir. Örneğin, razı olma işlemi irade beyanındaki sakatlıklar, ehliyetsizlik gibi sebeplerle hü-

14 Yılmaz Battal. Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, s. 7, Ankara 2007

15 Helvacı Serap. Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, s. 50, 51, 52, 53, Beta Basım A.Ş. Ağustos 2001

16 Hakeri Hakan. Tıp Hukuku. Seçkin Yayıncılık, s.192, Ankara 2007

17 Sevük Yokuş Handan. Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler, s.224, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu Kitapçığı, Marmara Üniversitesi-Roche Müstehzarları San A.Ş., Deniz Ofset Matbaacılık, Ocak 2007

18 Yenisey Feridun. Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, s.871, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:142

19 Öztürkler Cemal. Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, s.276, 277, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2003

kümsüz ise rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz<sup>20</sup>. Rızanın geçerliliği için, rıza verilecek konu hakkında, rıza vermeye yetecek kadar bilgi sahibi olunması gerekir. Aydınlatmanın amacı, hastayı tıbbi uygulama hakkında serbestçe karar verebilecek duruma getirmektir<sup>21</sup>. Tıbbi müdahaleye rıza konusunda kazanılacaklar (iyileşme vb.) ile bedel (müdahalenin riskleri) arasındaki değerlendirme süreci rızaya dahildir. Bu durumda aynı kişinin (hukuksal yarar sahibinin) tartması gereken yararları söz konusudur<sup>22</sup>.

Osmanlı döneminde “eylemin zararlı olabilecek sonucundan sorumlu olmayı kaldıran rıza (izin) bir bakıma, büyük zararın önlenmesi için küçük zarara katlanma sonucudur”. Bu zamanlarda daha ziyade teknik imkansızlıklar nedeniyle sonucun ne olacağı bilinmeyen cerrahi müdahale öncesi kadı ve şahitler huzurunda hekime izin verilme yoluna gidilmiştir. “Bu noktada hastanın yazılı ve sözlü muvafakati yeterli görülmemiş ayrıca, sonradan çıkacak anlaşmazlıkların bertaraf edilebilmesi için mahkemede şahitler huzurunda teyit ve tescili istenmiştir<sup>23</sup>.

Osmanlı Dönemi Kadı sicillerinde cerrahlar ile ameliyat olacak hastalar arasında veya hekim ile hasta arasında, tedaviden önce, kadı ve şahitler huzurunda, sonucun kötü olması halinde hekimin sorumlu olmayacağını bildiren kayıtlar bulunduğu bildirilmektedir. Rıza senedi olarak belirtilen bu senetlerden biri şöyledir: “6 Rebiyüssani 1088 (8 Haziran 1677) tarihli hüccete göre, Erkilet köyünden Mihail veledi Hüdaverdi adlı zimmi mahkemede Dimitri veledi Todori huzurunda kendi isteği ve rızasıyla ikrarda bulunmuştur.3 yaşında olan oğlu Melhas'ın kasığının sol tarafında yarık marazı olduğundan Dimitri ile tedavi için 6.5 kuruş ücrette anlaşmışlardır.Eğer tevdi esnasında oğlu vefat ederse Dimitri'den dem ve diyet talebi davasında bulunmayacağını beyanla durumu mahkemede tescil ettirmiştir<sup>24</sup>.

20 Helvacı Serap. Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, s.103, Beta Basım A.Ş. Ağustos 2001

21 Doğan Murat.Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyum Kitabı, 16-17 Ocak Mersin, s.45.Mersin Barosu Yayını

22 Mosenheuer Andreas, Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, s.76, 77, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:142

23 Tok Özen. Osmanlı Dönemi Hekim-Hasta İlişkileri (Kadı Sicillerine Göre XVII. Ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri Örneği),s.788-805, Turkish Studies International Periodical Fro the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic,Voluma ¾ Summer 2008-01-10

24 Tok Özen. Osmanlı Dönemi Hekim-Hasta İlişkileri (Kadı Sicillerine Göre XVII. Ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri Örneği),s.788-805, Turkish Studies International Periodical Fro the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic,Voluma ¾ Summer 2008-01-10



Günümüzde rıza beyanının etkili olması için, hileyle, maddi veya manevi tazyik ile alınmamış olması, yapılacak işlerin sonuçları hakkında bilgi edinildikten sonra, herhangi bir baskı ve tehdit etkisi altında olmaksızın verilmiş olması gerekir. Bir müdahaleye muvafakatın hatasız olması için, anlamı ve sonuçlarının neler olabileceği, hesapta olan tehlikeleri ve beklenen faydaları hastaya anlatılmalı, o da her şeyi bilerek ve iradesine hakim olarak, baskı altında bulunmadan onayını bildirmiş olmalıdır. “Hastanın, neticeler hakkında bir fikri olmadan beyan edeceği muvafakat, esaslı bir hata ile verilen muvafakat olup, bunu bilen doktorun mesuliyetine mani olmaz”<sup>25</sup>.

Hastanın onamının geçerliliği; üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi uygulamanın riskleri (komplikasyonları), alternatifleri, olumlu olumsuz tarafları, hayatına etkileri vb. konularda bilgilendirilmiş olmasına bağlıdır. Örneğin, yapılan bir tedavinin olası sonuçları arasında gebeliğin kaybı ihtimali varsa ve hekim tedaviye başlamadan önce hastayı bu konuda bilgilendirmiş ve onayını almışsa, hekimin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bu suretle tedaviye bağlı olan komplikasyonlar konusunda hasta bilgilendirilmiş ve bu komplikasyonları göze alarak müdahaleye onay vermişse oluşan komplikasyondan hekimin sorumluluğu doğmayacaktır<sup>26</sup>.

### **Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Çerçevesinde Aydınlatılmış Onam**

İnsan onuru, hasta haklarının kaynağını oluşturmaktadır. Kendi kaderini belirleme hakkı ise kişilik hakkının ifadesidir ve Anayasal değer olarak karşımıza çıkar. Bu çerçevedeki değerler sistemi sosyal bir toplum içerisinde insanın kendi onuruna yakışan bir şekilde kendini özgürce ifade etmesine ve gelişmesine dayanır. Bu, hukukun bütün alanlarında temel kuraldır. Hastanın özerkliği ve kendi kaderini tayin etme hakkı hastalığını, tedavisini ve risklerini (komplikasyonları) öğrenme hakkını doğurur. Bu çerçevede elbetteki muhtelif tedavi yöntemleri ve yapılan işlemler hakkında da kendisine bilgi aktarılmalıdır. Özellikle, kaderini kendisinin belirlemesi hakkı, hastanın bu farklı yöntemler arasında seçim yapması hakkını da beraberinde getirir<sup>27</sup>.

25 Belgesay Mustafa Reşit. Tıbbi Mesuliyet , ESASLAR – TİPİK VAKIALAR , s.12, İstanbul Üniversitesi Yayınları,s.65,66 Hukuk Fakültesi, İstanbul 1954; Mosenheuer Andreas, Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, s.76, 77, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:142

26 Koca Mahmut.Hekimin Taksirli Fiillerden Doğan CezaiSorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyumu Kitabı, s.105, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Yetkin Yayınları, Ankara 200

27 Lilie Hans.Alman Hukukunda Hasta Hakları,s.13,Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki

“Kendi geleceğini belirleme bir faaliyettir veya bir süreçtir; ama, basit bir sonuç değildir. Hasta tıbbi müdahalenin yapılması yönünden esaslı olan bütün hususlarda aydınlatılmamışsa, kendi geleceğini belirleme hakkı ihlal edilmiştir”<sup>28</sup>.

Hekimin tıbbi müdahaleleri, bireyin ruh ve beden bütünlüğüne yönelik olduğundan, (tedavi amacı taşısada) hastanın gerçek ya da farazi rızasına uygun olmadıkça hukuka aykırı olacaktır. Hukuka uygun bir rızanın söz konusu olması için, hastanın vereceği kararın önemi, anlamı ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Ancak bu takdirde kişi kendi geleceğini tayin hakkını, amaca uygun şekilde kullanmış olur. Burada, aydınlatma yükümlülüğünün, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılabilmesindeki etkisi ortaya çıkmaktadır<sup>29</sup>.

1981 yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlanan Lizbon Bildirgesi'nin 3. maddesi, 1994 yılında Dünya Tabipler Birliği Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi'nin 2. ve 3. maddeleri, aydınlatılmış hasta rızasının alınmasından bahsetmektedir<sup>30</sup>.

2003 yılında ülkemizin de kabul ettiği “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”nin 5. maddesi “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir” şeklinde aydınlatılmış onam alınması ve hastanın komplikasyonlar konusunda bilgilendirilmesi durumundan bahsetmiştir.

Ayrıca ulusal düzenlemelerimizden, Anayasa'mızın 17. maddesi, Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesi, Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesi, 1219 sayılı Tababet Kanunu'nun 70. maddesi ve daha bir çok kanun, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5. bölümü, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi hastanın müdahale hakkında bilgilendirilmesinden sonra rızasının alınmasının gerektiğini ifade eder.

Düzenlemeler Sempozyumu Kitapçığı, Marmara Üniversitesi-Roche Müstehzarları San A.Ş. Deniz Ofset Matbaacılık, Ocak 2007

28 Mosenheuer Andreas. Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, s.76,V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:142

29 Şenocak Zarife. Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 37, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998

30 Sert Gürkan. Hasta Hakları, s. 151-158, Babil Yayınları, Eylül 2004

Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü, hasta ile aralarında oluşan sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük olduğu gibi hukuki düzenlemelerden de temellenir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dayanan ve Anayasa ile güvence altına alınan "bireyin kendi geleceğini bizzat belirleme (Self Determination)" ilkesi<sup>31</sup> de hastanın aydınlatılmasını gerekli kılar. Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden alınmış rıza ile gerçekleştirilen tıbbi müdahale, hastanın kendi geleceğini bizzat tayin hakkına yapılmış bir tecavüz sayılacaktır<sup>32</sup>. Bu nedenle, hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünün temel dayanağı Anayasa'nın 17. maddesi ve Türk Medeni Kanunu'nun 23. ve 24. maddeleridir<sup>33</sup>.

Hastanın rızası hem özel hukuk hem de ceza hukuku açısından önemli bir hukuka uygunluk nedenidir<sup>34</sup>. Belgesay'ın 1954 tarihli eserinde belirttiği gibi: **"Şahsın rızası olmadan veyahut makbul olmayan rızası ile can ve sıhhatine tecavüz eden, ona ızdırap veren doktor, gayesi ne kadar ideal olursa olsun, cezaen ve hukuken mesul olur"**<sup>35</sup>.

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali hastanın rızasının geçersiz olmasını sonuçlar<sup>36</sup>. Bunun sonucu, hekimin müdahalesi hastanın yararına

31 Hakeri Hakan. Tıp Hukuku. Seçkin Yayıncılık, s. 295, Ankara 2007

32 Sarıtaş Hatice. Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, s.57, Bilge Kitabevi, Ankara-2005

33 Ayan Mehmet. Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluklar, s.73, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1991

34 Zeytin Zafer. Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri tebliğler Kitapçığı, s.111, Roche Müstehzarları San A.Ş., Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007

35 Belgesay Mustafa Reşit. Tıbbi Mesuliyet, ESASLAR – TİPİK VAKIALAR, s.62, İstanbul Üniversitesi Yayınları Hukuk Fakültesi, İstanbul 1954

36 Ayan Mehmet. Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluklar, s.71,72,74 Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1991; Belgesay Mustafa Reşit. Tıbbi Mesuliyet, ESASLAR – TİPİK VAKIALAR, s.65,66, İstanbul Üniversitesi Yayınları Hukuk Fakültesi, İstanbul 1954; Özsunay Ergun. Hekim ve Hastanenin Hukuksal Sorumluluğu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, s.92, İstanbul Barosu Yayınları, 2007 İstanbul; Çetin Gürsel. A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, s.176, İstanbul Barosu Yayınları, 2007 İstanbul; Çelik Faik. A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, s.204, İstanbul Barosu Yayınları, 2007 İstanbul; Hakeri Hakan. Tıp Hukuku. Seçkin Yayıncılık, s.295, Ankara 2007; Özpınar Berna. Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, s.35, Ankara Barosu Yayınları, 2007; Aşçıoğlu Çetin. Tıbbi Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, s.27, Ankara 1993; Yavuz İpekyüz Filiz. Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, s.90, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006; Çilingiroğlu Cüneyt. Tıbbi Müdahaleye Rıza, s.57, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993; Özdemir Hayrunisa. Teşhis Tedavi Sözleşmesi, s.116, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2004; Büyükkay Yusuf. İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, s.51, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006; Ünver Yener. Türk Tıp Hukukunda Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, s.239, Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı:2, Yıl:2006; Hatırnaz Erol Gültezer. Özel

da olsa hukuka aykırı olmasıdır. Ceza hukuku bakımından ise hekim yaralama suçundan sorumlu tutulabilir. Hastanın aydınlatılmaması veya yeterince aydınlatılmaması, rızanın geçersizliği açısından nedensel ise, ancak o zaman yaralama kabul edilir<sup>37</sup>.

Başka bir ifadeyle, tedavi tıp kurallarına uygun olsa da hastanın rızası alınmamışsa müdahale hukuka aykırıdır<sup>38</sup>. Amerika’da yaşanan Mohr ve William olayı(1905) bunun en açık örneğidir: Kulak hastalıkları uzmanı hekim hastayı sağ kulağından rahatsız olması sebebiyle muayene eder ve bu kulağı tedavi etmek için rızasını alır. Ameliyatta sol kulağa da bakar. O kulağın daha çok tedaviye ihtiyacı olduğunu görür ve tedavi eder. Hasta, işitme gücünü kazandığı halde “hekimin rızası dışında hareket etmek suretiyle şahsiyet hakkına tecavüzde bulunduğu iddiasıyla dava açar”. Juri, hasta lehine tazminata karar verir. Karar temyiz edilir. Temyiz mahkemesi ise “her kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı bulunmaktadır. Bir kimsenin vücuduna yasal olmayan ve yetkisiz bir şekilde dokunmak tecavüz manasına gelmektedir” şeklinde kararı onar<sup>39</sup>.

Alman Mahkeme Kararlarına göre de hastanın rızası ancak, rıza gösterilen tıbbi müdahalenin anlamını, önemini, sonuçlarını yeterli derecede bilmesi halinde geçerli olacaktır<sup>40</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, aydınlatma yükümlülüğünden şöyle bahsetmiştir: “Aydınlatma ödevi sınırlarını, konusu sağlığın korunması ve devam ettirilmesi olan tıp biliminin tanımında bulur. Hekim, hastalığın muhtemel gelişmesine ait tahminlerini ve tedaviye ilişkin hususları basit, anlaşılır bir şekilde ve dürüstçe açıklamakla yükümlüdür. Hasta, önerilen tedavinin mahiyeti ve muhtemel etkileri hakkında yeterli derecede aydınlatılmalıdır ki, bu tedaviye bilerek rıza gösterebilsin”<sup>41</sup>. Aydınlatma yükümlülüğü, kendi kaderini tayin hakkının kullanılması ve mahkeme uygulamasında oynadığı rol açısından önemlidir<sup>42</sup>. Aydınlatıl-

Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları,s.83,Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007;

37 Hakeri Hakan. Tıp Hukuku. Seçkin Yayıncılık, s.143,300, Ankara 2007

38 Aşçıoğlu Çetin. Tıbbi Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, s.24,25, Ankara 1993

39 Öztürkler Cemal. Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, s.525,526, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Anakara 2003

40 Şenocak Zarife.Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s.44, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara,1998

41 Özdemir Hayrunisa. Teşhis Tedavi Sözleşmesi,s.99,Yetkin Yayıncılık, Ankara 2004

42 Fischer Gerfried.Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü,s.3,4, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı:2, Yıl:2006 (Çeviren:Dirensia Efe)

mış rıza, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için zorunludur. Bu durumda (mahkemede) hukuka uygunluk sebebinin varlığından de hekim istifade ettiği için bu konuda ispat yükü hekime düşer<sup>43</sup>.

Aydınlatılmış rızanın gerektiği şekilde alınması, hem işlemi hukuka uygun hale getirir hem de müdahaleyi yapanı sorumluluktan kurtarır. Ancak , aydınlatılmış rızanın usule uygun olarak yapılması dikkatsiz ve özensiz taksirli fiillerden kaynaklanan sorumluluğu bertaraf etmez. Dikkatsiz ve özensiz yapılan müdahaleler taksirli fiiller olarak cezalandırılır<sup>44</sup>.

Fiil ehliyetine sahip<sup>45</sup> hastanın rızası alınmadan önce aydınlatılması; üzerinde elde edilen muayene bulgularının kendisine söylenmesi, üzerinde gerçekleştirilecek müdahalenin (uygulanacak tedavinin) amacı, kapsamı, çeşidi, neticeleri, ortaya çıkabilecek tehlikeli sonuçları (komplikasyonları) ve müdahalede bulunulmadığı takdirde karşılaşılabilecek riskler, zararlı sonuçlar hakkında bilgilendirilmesi ve bu şartlara göre serbest olarak karar vermesinin sağlanmasıdır<sup>46</sup>.

Hekim hastasını, somut olayın özelliklerini gözeterek, gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar verebilecek bir bilgi düzeyine ulaştırabilecek nitelikte ve kapsamda, hastanın subjektif özellikleri de dikkate alınarak, onun anlayabileceği düzeyde, gerçekleri anlatarak, sakinleştirici şekilde aydınlatmalıdır<sup>47</sup>. Hastanın rızasını oluşturmaları için hastaya aydınlatma ve rıza arasında uygun bir süre tanınmalıdır. Acil bir durum olmadıkça ameliyat masasında alınan rızalar geçersizdir<sup>48</sup>.

Aydınlatmanın kapsamına “tanı ve buna bağlı tehlikeler ile uygulanması düşünülen tedavi yöntemi, bunun risk ve komplikasyonları, alternatif tedavi seçenekleri, tedavinin muhtemel sonuçları girmektedir”. Aydınlatma yükümlülüğünün ifasında çizilecek sınır her olaya özel olarak belirlenmelidir. “Hekim esas olarak hastaya, tıbbi müdahaleye muvafakat

43 Ayan Mehmet. Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluklar,s.86, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1991

44 Yenerer Çakmut Özlem.Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri tebliğler Kitapçığı,s.31, Roche Müstehzarları San A.Ş., Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007

45 Özsunay Ergun.Hekim ve Hastanenin Hukuksal Sorumluluğu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007 İstanbul

46 Yenerer Çakmut Özlem.Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri tebliğler Kitapçığı, s. 10, 11,Roche Müstehzarları San A.Ş., Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007

47 Çilingiroğlu Cüneyt. Tıbbi Müdahaleye Rıza, s.64,Filiz Kitapevi, İstanbul 1993

48 Deryal Yahya. Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması,s.138, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı:2, Yıl:2006

edip etmeme hususundaki kararını etkileyebilecek her şeyi bildirmelidir. Şartlara göre, aydınlatmanın kapsamı genişletilebilir veya daraltılabilir<sup>49</sup>.

Aydınlatılmış onam formları ve müdahaleyi yapacak hekimin aydınlatması, ne kadar ayrıntılı ve kişiye özel olursa hekimin sorumluluğu o derece hafifler. Çünkü hasta, komplikasyonları ve bu komplikasyonların gelişme ihtimallerini bilerek müdahaleyi kabul etmiş olur. Böylece fiil hukuka uygun hale gelir. Zira müdahale ne kadar acil değilse aydınlatılmış onam formunun ve bilgilendirmenin o derece geniş olması gerektiği kabul edilmektedir. Aydınlatmanın kapsamı ile müdahalenin aciliyeti ters orantılıdır. Müdahalenin aciliyeti arttıkça aydınlatmanın kapsamı daralır.

**“Aydınlatılmış hastanın iradesi doktorun sınırlarını oluşturmaktadır. “Kim iyileştiriyorsa haklıdır” tezi artık geçerli değildir”<sup>50</sup>.**

Tıbbi müdahale nerede, hangi sıfatla ve hangi hukuki ilişki çerçevesinde yürütülürse yürütülsün hekim hastanın irade özerkliğinin korunması için hastayı tıbbi müdahale öncesi aydınlatmak ve rızasını almak; diğer taraftan onu yaşam ,sağlık ve vücut bütünlüğü ihlallerinden koruyarak teşhis ve tedavi sırasında ve sonrasında tıp bilimine, meslek kurallarına uygun , özenli davranmak durumundadır<sup>51</sup>.

### **Tıbbi Malpraktis**

**Malpraktis, “kötü, hatalı uygulama” anlamındadır.** “Tıbbi malpraktis” ise “tıp mesleği mensuplarının mesleki uygulamalarındaki hatalı, kusurlu hareketleri sonucu ortaya çıkan<sup>52</sup> bir durumu” anlatır. **“Tıbbi malpraktis”** terimi gibi kullanılabilen; **“hukuki malpraktis”, “teknik** (mimarlık, mühendislik gibi mesleklerdeki) **malpraktis”** terimleri de, söz konusu mesleklerdeki hatalı uygulamaları ifade etmektedir. Gazetecilik, muhasebe gibi tıp dışındaki başkaca mesleklerde de malpraktis (kötü uygulama ) mevcuttur.

49 Büyükay Yusuf. İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, s.62,Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006

50 Tağ Brigitte. Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik, s.195, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı:2, Yıl:2006 (Çeviren: Yener Ünver)

51 ŞenocakZarife. Hekimin hukuki sorumluluğunun özel sorunları,Tıbbi Standartlar ve İspat, s.243,244, Sağlık Hukuku Kurultayı Kitabı, 1-3 Kasım 2007 Ankara,Ankara Barosu Yayınları,2008

52 Çetin Gürsel. Tıbbi Malpraktis, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyumu Bildiri Kitabı, s.31

Profesyonel anlamda genel malpraktis kavramı 18. yüzyılın başlarında İngiliz hukuk teorisinin içine girmiştir. 1768'de Sir William Blackstone'nin, İngiliz Hukuku üzerine olan, modern anlamda kullandığımız malpraktisin kaynağı sayılan, "mala praxis" kelimesinin de içinde geçtiği ünlü yorumunda; tıbbi uygulama hataları, "yaralanmalar ... ihmâl ya da beceri eksikliği içeren hekimin, cerrahın ya da eczacının yönetimi" şeklinde tanımlanmıştır. En yalın tanımın, "hastalık sürecine bağlı olmayan tıbbi yönetimden kaynaklanan yaralanma" olduğu söylenebilir<sup>53</sup>.

Tıbbi meslek kusuru ya da tıbbi hata olarak da ifade edilebilen tıbbi malpraktis, hekimin hukuki sorumluluğunun temelini oluşturur. "Bu olgu, kusura dayanan tıp hukuku sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli en temel koşuldur"<sup>54</sup>.

ABD öğretisinde de tıbbi malpraktis kavramının kapsadığı eylemler belirtilirken "meslek ve sanatta acemilik (normal altı sağlık hizmeti), hastaya kasıtlı olarak zarar vermek, hasta hekim sözleşmesine aykırı hareket etmek, tıbbi aletlerin tehlikeli kullanılması gibi konular belirtilmektedir<sup>55</sup>.

Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 tarihli 44. Genel Kurulu duyurusunun 2. maddesinin a) bendinde, "Tıpta Yanlış Uygulama" (Malpractice), "doktorun tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarardır" şeklinde tanımlanmıştır<sup>56</sup>.

Tıbbi malpraktis, tıbbi müdahale nedeni ile oluşabilen zararlı durumların, müdahaleyi gerçekleştiren kimsenin hatalı, ihmalkar davranışları sonucu gelişmesidir. Tıbbi müdahale sonucunda oluşan zararlı durumlar bazen hatalı, ihmalkar davranışlar olmasa da gelişebilir. Şimdi tıbbi ihmâl olmaksızın gelişebilen bu durumlardan bahsedeceğiz.

### **Komplikasyon**

Fransızca "complication" kelimesinin sözlük anlamı, "karmaşıklık"tır<sup>57</sup>. Tıp biliminin tam olarak bilinmesi mümkün olamayan yapısı içinde kusur bulunmaksızın oluşan, istenmeyen zararlı sonuçlar, "komplikasyon" olarak isimlendirilmektedir. Tıbbi müdahale öncesinde, sırasında ve son-

53 Yorulmaz Coşkun. "İstanbul Tabip Odası'na Yansıyan Hekim Hatası İddiası..."

54 Demir Mehmet. Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, s.39, Turhan Kitabevi, Ankara 2010

55 Ünver Yener. Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyum Kitabı, s.157, 16-17 Ocak Mersin, Mersin Barosu Yayını

56 Hatun Şükrü.Hasta Hakları,s.101,İletişim Yayıncılık,1999 İstanbul

57 www.tdk.gov.tr

rasında oluşabilecek bu istenmeyen durumları önlemeye yönelik tedbirler olabilir. Alınacak tedbirlerle önlenilebilecek olan, istenmeyen karışık durumların (gereken tedbirler alınmadığından) oluşması durumunda, tıbbi müdahale hatasından bahsedilebilir.

Komplikasyon, hastanın ya da doktorun elinde olmadan gelişen, istenmeyen gelişmeler olarak kabul edilir. Örneğin bir ameliyatta alınan tüm standart önlemlere rağmen enfeksiyon gelişirse bunun bir komplikasyon olduğu varsayılır. Ancak dikkat edelim ki, her komplikasyon izin verilen risk olarak kabul edilemez. Komplikasyon kelimesi tıp alanında daha çok istenmeyen olumsuz gelişmeleri ifade etmek için kullanılmaktadır<sup>58</sup>.

Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 tarihli 44. Genel Kurulu duyurusunun 2. maddesinin b) bendinde komplikasyon "istenmeyen sonuç" olarak şu şekilde tanımlanmıştır: "Tıbbi uygulama sırasında; öngörülemeyen bilgi ya da beceri noksanlığı sonucu oluşan ise, istenmeyen sonuçtur"<sup>59</sup>.

Tıbbi müdahalelerde ortaya çıkan komplikasyonlar müdahale öncesinde tedaviye ulaşmak için göze alınan bir takım risklerdir. Tıbbi müdahalede risk, doktor tarafından tedavi amacıyla hastanın vücuduna yapılan müdahale sonucunda ortaya çıkan tehlikedir. Hastanın sağlığına tekrar kavuşması, yalnızca bu riske girilerek sağlanabiliyorsa o zaman doktorun davranışı izin verilen risk kapsamında olacaktır. Ortaya çıkacak tehlike, amaçlanan yarardan orantısız derecede büyükse, müdahale izin verilen risk kapsamında olmayacaktır<sup>60</sup>.

"İzin verilen riskten sözedebilmenin ön koşulu taksirli davranmamak ve özensiz davranışın yol açabileceği riskleri önleyici, asgariye indirici davranmak, buna rağmen riskler doğduğunda zarar ve tehlike neticesini mümkün olduğunca yapılacak müdahaleye izale etmek için gerekli ve teknik güvenlik normlarının zorunlu kıldığı önlemleri almaktır". Bu, tüm tehlikeli/riskli mesleklerde böyledir. Taksirli davranan hekim izin verilen risk kuramından faydalanamaz. Yükümlülüğe aykırı özensizlik halinde izin verilen risk değil, izin verilmeyen ve sorumluluk doğuran bir risk söz konusu olur. Belirli bir mesleğin riskli olması, orada meydana gelebilecek tüm risklerin hukuk alanı dışında olduğu ve hekimlerin sorumlu olmaya-cakları anlamına gelmez<sup>61</sup>.

58 Ünver Yener. Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyum Kitabı, s.154, 16-17 Ocak Mersin, Mersin Barosu Yayını

59 Hatun Şükrü. Hasta Hakları, s.101, İletişim Yayıncılık, 1999 İstanbul

60 Ünver Yener. Ceza Hukukunda İzin verilen Risk, s.194

61 Ünver Yener. Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve



Tıbben kabul edilebilen risk ve sapmalar çerçevesinde gerçekleştirilen bir eylemin istenmeyen sonuçlarından uygulayıcı sağlık mesleği mensubunun sorumlu tutulmaması gerekir. Ancak bu sorumsuzluk sonucunun doğması için “riskin tam kontrol edilebilir türden olmaması gerekir”. Zira, önceden öngörülebilir ve kaçınılması olanaklı olan riskler beklenmeyen durum (umulmayan hal) olup bunlardan dolayı “objektif tıbbi özen yükümlüne aykırılık derecesinde” sorumluluk doğar<sup>62</sup>.

Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 tarihli 44.Genel Kurulu duyurusunun 2.maddesinin b) bendinde komplikasyon “istenmeyen sonuç” olarak tanımlandıktan sonra “bunda hekimin sorumluluğu yoktur”<sup>63</sup> şeklinde hukuka dair bir tespit yapılmıştır. Dünya Tabipler Birliği'nin buradaki komplikasyon tanımında “bilgi beceri noksanlığı”ndan bahsedilmektedir. Hukukta bilgi beceri eksikliği, taksir, kusur olarak nitelendirilir ve sorumluluk doğurur. Bu nedenle bilgi ya da beceri noksanlığı sonucu oluşan istenmeyen durumlardan (komplikasyonlardan) sorumluluk doğmaz diyemeyiz. Ayrıca bu tanımda<sup>64</sup> “öngörülemezlik”ten bahsedilmektedir. Oysa ki bir tıbbi uygulama sonucu oluşan durum, “komplikasyondur” dendiğinde; tıbbi bilirkişilerce, bunun oluşma ihtimalinin daha önceden bilimsel makalelerde öngörüldüğüne dair görüşler yansıtılmaktadır. Yani, komplikasyonların oluşma ihtimalleri çeşitli tıbbi makalelerde tespit edilebilmektedir. Zaten hukuk, öngörülemez zararlı durumlardan dolayı kimseyi sorumlu tutmamaktadır.

Kanama, enfeksiyon, sinir zedelenmeleri gibi komplikasyonlar kusursuz bir tıbbi müdahalenin önlenemez riskleri olarak ortaya çıkabileceği gibi, tıp biliminin genel kurallarına aykırı davranışlar sonucunda da ortaya çıkmış olabilir. Bu ayırımın yapılabilmesi için bilirkişilerden faydalanılır. Tıbbi bilirkişiler söz konusu hekimin tecrübe ve becerisi, komplikasyon oranı, tıbbi müdahaleyi güçleştiren faktörler vb. bazı emarelerden hareketle belirlemeler yapmaya çalışırlar. Bununla birlikte bu emarelerin güvenilirliği sınırlıdır. “Örneğin, çok nadir ortaya çıkan bir komplikasyon somut olayda gerçekten tesadüfen ortaya çıkmış olabilir veya tam tersine, sıklıkla rastlanan bir komplikasyonu hekim hatası kolaylaştırmış olabilir”<sup>65</sup>.

---

Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyum Kitabı, s.157,158,16-17 Ocak Mersin, Mersin Barosu Yayını

62 Demir Mehmet. Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, s.43, Turhan Kitabevi, Ankara 2010

63 Hatun Şükrü.Hasta Hakları,s.101,İletişim Yayıncılık,1999 İstanbul

64 Tıbbi uygulama sırasında; öngörülemezlik bilgi ya da beceri noksanlığı sonucu oluşan ise, istenmeyen sonuçtur”. Hatun Şükrü.Hasta Hakları,s.101,İletişim Yayıncılık,1999 İstanbul

65 Şenocak Zarife. Hekimin hukuki sorumluluğunun özel sorunları,Tıbbi Standartlar

Hastaya hangi komplikasyonların (risklerin) bildirilmesi gerektiği noktasında çeşitli görüşler bulunmaktadır. Eski tarihli kaynaklarda Alman Hukukunda %3'lük gerçekleşme ihtimali bulunan bir tehlikenin dahi hastaya bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Aynı kaynakta ABD.'de ise bildirim, gerçekleşme oranı %1 olan risklerde dahi yapılması gerektiği aktarılmaktadır<sup>66</sup>. Yeni tarihli kaynaklarda ise, hastanın, üzerinde yapılacak tıbbi müdahalenin riskleri konusunda aydınlatılmaması hallerinin Alman Yüksek Mahkemelerinin kararlarında en çok yer alan hususlar olduğu belirtildikten sonra, "tıbbi uygulamada, tahmin edilen belli bir sınırın üstündeki riskler hakkında aydınlatma yapılması, diğer risklerin bildirilmemesi gibi yanlış bir tutum sergilenmesinin engellenmesi bakımından içtihatlar yerleşmiştir. Örneğin, Almanya'da bir çocuğa, çocuk felci aşısı yapılmış ve çocuk felci olmuştur. Bu olayda 1/15.500.000 olan bir risk gerçekleşmiştir. Alman Temyiz Mahkemesi burada, bilgi verme yükümlülüğü olduğuna karar vermiştir" şeklinde, risk yüzdelerine göre değil hastanın kararını etkilemesine göre bildirim yapılması gerekliliğinden bahsedilmektedir<sup>67</sup>.

Komplikasyon sayılan her durumda sorumsuzluk sonucu hemen kendiliğinden ortaya çıkmamaktadır. Bu sonucun ortaya çıkması için herhangi bir teşhis tedavi hatası olmaması gerektiği gibi aydınlatma yükümlülüğü, kayıt ve arşiv tutma yükümlülüğü gibi tıbbi yükümlülüklerin de ihlal edilmemiş olması gerekir<sup>68</sup>.

Hukuk uygulamasında tıbbi müdahale sonucunda ortaya çıkan zararlı sonucun tıbbi malpraktis mi komplikasyon mu olduğu hususu önem arzetmekle beraber; bu ayrıma göre sorumluluk tespiti yapılması uygun değildir. "Oluşan zararlı sonuç komplikasyondur, bu nedenle sorumluluk yoktur" denilemez. Zira, oluşan komplikasyon konusunda hasta müdahaleden önce bilgilendirilmemiş ise ve bu bilinçle müdahaleye onay vermemiş ise sorumluluk doğabilir. Adli Tıp Doktrininden bir görüş bu hususu şu şekilde aktarmaktadır: "...hekime sorumluluk getirmeyen komplikasyonu, gerçekten hukuka uygun hale getiren tek bir durum var

ve İspat, Sağlık Hukuku Kurultayı Kitabı,s.247,248, 1-3 Kasım 2007 Ankara,Ankara Barosu Yayınları,2008

66 Ayan Mehmet. Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluklar, s.74:Dipnot:198, s.72, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1991

67 Fischer Gerfried.Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı,s.8, Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı:2, Yıl:2006 (Çeviren:Dirensia Efe)

68 Demir Mehmet. Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, s.46,Turhan Kitabevi, Ankara 2010

bu da “aydınlatılmış onam”. Uygulanacak tedavinin ve sonuçlarının tüm detaylarıyla hastaya bildirildiği, hastadan bilgilendirilmiş rızanın alındığı durum. “Şu anda Avrupa’da, özellikle Almanya’da uygulanacak tıbbi girişimin hasta için belirgin bir hayati tehlike olasılığı varsa mahkeme kararı isteniyor, mahkemeden tescilli aydınlatılmış onam formu isteniyor<sup>69</sup>”.

Hekimin, komplikasyonlardan sorumlu tutulmaması için; hastayı, komplikasyonlar konusunda bilgilendirmiş ve hukuka uygun olarak rızasını almış olması gerekir<sup>70</sup>. Tıbbi müdahalelerde, “hekime yüklenebilecek hiç bir kusur olmamasına rağmen tıbbi müdahale başarısızlıkla sonuçlanabilir. Bu durumda, hekimin hukuki hiçbir sorumluluğu söz konusu olamaz. Fakat yine vurgulamak gerekir ki, bu takdirde de aydınlatma ve rıza söz konusu olmamışsa, hekim tıbbi müdahaleyi tıp biliminin gereklerine uygun yapmış olsa bile, tazminat sorumluluğunun yanı sıra özellikle ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olabilir”<sup>71</sup>.

Yargıtay 2007 tarihli bir kararında, komplikasyonlar hakkında yeterli aydınlatma yapıldığı, dosya içindeki bilgi ve belgeden anlaşılıyorsa, meydana gelen zarardan (komplikasyon da olsa) davalı hekim ve hastanenin sorumlu tutulması gerekeceğini şu şekilde belirtmiştir:

“Davalı doktorların davacıyı mevcut cinsel sorunu nedeniyle ameliyat ettiklerinde, ameliyat sonrası cinsel organında gelişen komplikasyonlar nedeniyle bu organın kangren olduğunda ihtilaf yoktur. İhtilaf, meydana gelen zarardan davalı doktorların sorumlu olup olmayacakları noktasındadır. Mahkemece her ne kadar 7.6.2006 tarihli Adli Tıp Kurumu Raporundaki “penis protez ameliyatını takip eden komplikasyonlar (penis enfeksiyonu ve nekrozu) sonucu geliştiği, bu komplikasyonun adı geçen ameliyatlardan sonra literatürde tanımlandığı gibi gelişebilecek kompli-

69 Yavuz Fatih. Malpraktis Komplikasyon ayrımı, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, s.101, İstanbul Barosu Yayınları, 2007 İstanbul

70 1981 yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlanan Lizbon Bildirgesinin 3.maddesi, 1994 yılında Dünya Tabipler Birliği Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi’nin 2. ve 3.maddeleri, aydınlatılmış hasta rızasının alınmasından bahsetmektedir. Usulüne uygun olarak 2003 yılında kabul ettiğimiz Biyotıp Sözleşmesi’nin 5.maddesi, aydınlatılmış onam alınması ve hastanın komplikasyonlar konusunda bilgilendirilmesi durumundan bahsetmiştir. Ulusal düzenlemelerimizden, Anayasamızın 17.maddesi, Türk Medeni Kanunu’nun 24.maddesi, Türk Ceza Kanunu’nun 26.maddesi, 1219 sayılı Tababet Kanunu’nun 70.maddesi ve daha bir çok özel kanun, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 5.bölümü, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi hastanın müdahale hakkında bilgilendirilmesinden sonra rızasının alınmasının gerektiğini ifade eder. Düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere hastanın, oluşma ihtimali olan riski, komplikasyonu bilmeden verdiği rıza geçersizdir, rıza hilafına müdahalede bulunanın sorumluluğunu gerektirir.

71 Hakeri Hakan. Tıp Hukuku, s.318, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007

kasyonlardan olduğu, istenilmeyen şekilde sonuçlanabileceği, hastanın Almanya'ya erken dönmesinin de anılan komplikasyonlara neden olabileceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş ise de, rahatsızlığı nedeniyle doktora başvuran hastanın amacı, rahatsızlığından kurtulmak ve bir an önce sağlığına kavuşmaktır. Doktor, işin başarı ile neticelenmesini garanti edemez ise de, seçilen tedavi yöntemi, bu yöntemin riskleri, ameliyat sonrası doğabilecek komplikasyonlar ve tedavi süreci ve kontrolü ile ilgili hastanın aydınlatılmış rızasını almak zorundadır. Her ne kadar davalılar, davacıya bu yönde açıklayıcı ve aydınlatıcı bilgi verdiklerini savunmuşlarsa da bu konuda savunmalarını doğrulayıcı dosya içersinde bir bilgi ve belgeye rastlanılmamıştır. Bu yönün ispatı da davalılara düşer. Hal böyle olunca davalılar, meydana gelen zarardan sorumludurlar. Öyle ise mahkemece, tazminat hesabı yaptırılmalı, sonuca uygun bir karar verilmelidir. Bu yönün gözetilmemiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir (Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, E:2007/12837, K:2007/13884, T:20.11.2007)<sup>72</sup>.

Uygulanacak tıbbi müdahalenin tüm komplikasyonlarının bildirilmesi mümkün olamayabilir. Ancak makul derecede, hastanın durumuna göre oluşması ihtimali yüksek olan ve hastanın iradesinde etkili olacağı düşünülen komplikasyonlar bildirilmelidir. Bu aydınlatma türü, "riziko aydınlatması" denilen, müdahalenin hatasız yapılması ya da gerekli tüm önlemlerin alınması halinde bile meydana gelebilecek daimi veya geçici olumsuz neticeler (komplikasyonlar) konusunda yapılan aydınlatmadır. Müdahalenin hayati önem taşıdığı hallerde de rizikoların (komplikasyonların) bildirilmesi gerekir. Hastanın ameliyata rıza göstermeme ihtimalinin bulunması, aydınlatmanın yapılmamasının gerekçesi olamaz<sup>73</sup>.

Alman Federal Yüksek Mahkemesinin içtihatlarına göre, hastanın etkili rızası yoksa doktorların tıbbi müdahalesi her halukarda müessir fiil suçunu oluşturur. Etkili rıza ise, hastaya rızası öncesinde makul bir biçimde müdahale, icrası, başarı şansı, riskleri (komplikasyonları) ve olası alternatif tıbbi müdahale olanakları açıklanmış ise sözkonusu olur<sup>74</sup>.

Her ne kadar her tıbbi hata davası kendi içinde ayrı ayrı değerlendirilerek sorumluluk doğup doğmadığının araştırılması gerekirse de; tıbbi

72 Yılmaz Battal. Aydınlatılmış Rıza, Sağlık Hukuku Digestası, s.178, YIL:1, Sayı:1, Ankara Barosu Yayınları 2009

73 Hakeri Hakan. Tıp Hukuku, s.119,122,123, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007

74 Ünver Yener. Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyum Kitabı, s.156, 16-17 Ocak Mersin, Mersin Barosu Yayını

malpraktis-komplikasyon ayırımında sorumluluklar yönünden aşağıdaki şekilde bir tablo oluşturmak hukuki açıdan mümkün olabilir düşüncesindeyiz.

### Tıbbi Malpraktis Komplikasyon Ayırımında Sorumluluklar

ZARARLI SONUCUN ÖZELLİKLERİ		SONUCUN ADI	SONUÇTAN SORUMLULUK
Öngörülemeyen	Önlenemeyen	Kaza, Tesadüf	Sorumluluk Doğmaz
Öngörülebilir	Önlenemeyen	Komplikasyon	Sorumluluk Doğmaz (Öngörülebilir (beklenen) zararlı sonuç hakkında hastanın bilgilendirilmiş rızasının alınmış olması ve kusurlu fiillerle zarara sebebiyet verilmemiş olması koşulu ile)
Öngörülebilir	Önlenilebilir	Tıbbi Malpraktis	Sorumluluk Doğar

Tabloya bakıldığında görüleceği üzere, öngörülemeyen ve önlenemeyen zararlı sonuçlardan sorumluluk sözkonusu olmaz. Öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan neticenin gerçekleşmesi bakımından kaza ve tesadüfte bir insan hareketinin de bulunması gereklidir, aksi halde doğa olaylarından bahsedilir<sup>75</sup>. Mesela, treni yöneten makinist ışığın yanlış yansımaları nedeniyle ışığı kırmızı yerine yeşil görse ve yolun açık olduğunu zannederek yoluna devam etse ve bir çarpışma olsa kaza ve tesadüf vardır<sup>76</sup>.

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 bulunduğundan söz edilir." şeklinde, olayda kaza ve tesadüf nedeniyle kusurluluğun olmadığı belirtilmiştir (YCGK. 12.10.2004. T, 2004/1-163 E., 2004/194 K.).

Hukuk doktrin ve uygulamasında öngörülemeyen ve önlenemeyen zararlı sonuçtan hekim de dahil kimse sorumlu tutulamaz. Tıp çevrele-

75 Demirbaş Timur. s. 368

76 Dönmezer-Erman, c.2, s. 306

rinden bazen öngörülemeyen zararlı durumlar da komplikasyon olarak kabul edilmektedir. Zararlı durumun öngörülebilir nitelikte olmadığı tespit edilirse zaten sorumluluğu ortadan kaldırır. Hekimin, öngörülebilir olasılığı olmayan bir durumdan sorumluluğu sözkonusu olmaz. Oluşan zararlı sonucun ismine ne dersek diyelim önemli olan, öngörülebilir olup olmadığıdır. Öngörülebilirliğin tespitinden sonra önlenemez olup olmadığı hususu irdelenmelidir.

Komplikasyonlar, oluşması ihtimali tahmin edilebilen fakat önlenemeyen, istenmeyen zararlı sonuçlardır. Tıbbi müdahaleler sonucunda oluşan komplikasyonlar, müdahale öncesinde hastanın bilgilendirilmiş olması; usulüne uygun rızasının alınmış olması; zararlı sonucun oluşmasında ihmal, tedbirsizlik gibi kusurların bulunmaması şartlarıyla hekim sorumluluğunu gerektirmez.

Tıbbi müdahale sonucunda ortaya çıkan zararlı sonuç hukuki açıdan neye ve kime göre öngörülebilir nitelikte bir sonuçtur?

Hukuk uygulamasında, hakimlik mesleğinin kapsamı dışındaki özellikli konularda, bu konunun uzmanı olan kişilerden görüş sorulmakta ve ona göre kararlar verilmektedir. Tıbbi hata davalarında bilirkişiye sorulması gereken sorulardan biri de; “bu tıbbi hatanın, hekim tarafından öngörülebilir olup olmadığı” konusudur. Uygulamada bu durum genellikle; olayda, “tıp bilimi, tekniği ve uygulamasına aykırılık” yani “kusur” var mıdır?” şeklinde sorulur. Kusur tespiti yapılırken bilirkişilerce, “fail ile aynı şartlardaki bir hekimin şu hususlara dikkat ederek bu durumu öngörmesi ve şu önlemleri alarak önlemesi gerekirdi” denilebiliyorsa hekim kusurlu kabul edilir.

Öngörülebilirlik ölçütü belirlenirken göz önünde bulundurulacak kriterler ortaya çıkan zararın önlenemez olup olmadığının belirlenmesinde de kullanılır. Mahkeme bilirkişilerden bu kriterlere göre değerlendirme yapmasını ister.

Tıbbi müdahale sonucunda oluşabilecek zararların öngörülebilmesi ve önlenememesi konusunda, tıp tazminat hukuku kararlarında da yukarıdakilerle benzer kriterler dikkate alınmaktadır. Tazminat hukuku açısından, tıbbi müdahale sırasında oluşan ilişki, vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmekte ve hekimin, zararı öngörebilmesi, önleyebilmesi aşamasındaki özen yükümlülüğü, Borçlar Kanunu’ndaki vekilin özen yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Tıbbi müdahale sonucunda oluşan zarardan, gerekli önlemleri alan ve tıp bilim ve tekniğini gerektiği şekilde uygulayan hekimin sorumlu olmayacağına dair bir Yüksek Mahkeme kararı şöyledir:

“... davacının ikinci kez ameliyat olması ve bacağıının kesilerek kısalmasında, davalı şirkete ait hastahanedeki yapılan ameliyat ve tedavinin tıbbın gereklerine uygun yapıp yapılmadığı ile, olayda doktor hatası olup olmadığının tesbiti gerekmektedir. Taraflar arasındaki ilişki bir vekalet ilişkisidir. Dava özen borcuna aykırılık iddiası ile açılmıştır. Vekil işini yaparken, bir işçi gibi özen göstermek zorunda olup, en hafif kusurundan dahi sorumludur (BK. 324, 390, 392 maddeleri). 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” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2001/10959, K. 2002/487, T. 21.1.2002).

Aynı mahkeme kararında somut olayın değerlendirmesini yapmayan bilirkişi raporu yetersiz bulunmuş ve bu nedenle hekim ve hastane lehine olan ilk derece kararı Yargıtay tarafından bozulmuştur. Karar şöyledir:

“Mahkemenin kararını dayandırdığı Yüksek Sağlık Şurası'nın 26-27 Nisan 2001 tarihli raporunda olayın oluşumu ve uygulanan tedavi açıklanıp “dosyadaki bilgi ve bulgular değerlendirildiğinde; yapılan ameliyatın doğru olduğu, ameliyat sonrası enfeksiyon gelişmesi beklenen bir komplikasyon olduğu, bu nedenlerle hastahane ve görevli doktorların kusursuz oldukları” belirtilmiştir. Raporda, somut olaydaki kırıkta, tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun teşhis ve tedavi yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığı, bu konuda yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda özen gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle, yapılanın uyuşup uyuşmadığı açıklamalarına yer verilmemiştir. Bu nedenle rapor yetersiz olup, hükme dayanak yapılamaz. Kaldı ki Yüksek Sağlık Şurası , 1219 Sayılı Kanun'un 75. maddesine göre, ceza mahkemeleri için CMUK. 66/3 maddesine göre kendisine başvurulması zorunlu olan bir bilirkişi durumunda ise de, hukuk mahkemelerinde resmi bilirkişi değildir. Mahkeme Yüksek Sağlık Şurası'na başvurduğu takdirde, onun raporu ile bağlı değildir (HUMK. 286 madde).

Bu durumda mahkemece yapılacak iş, konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan veya Adli Tıp Kurumundan, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında yapılması gerekenle, yapılanın ne olduğu tıbbın

gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenleri de açıklayıcı tarafların mahkeme ve Yargıtay'ın denetimine elverişli rapor alınarak, hasıl olacak sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2001/10959 K. 2002/487 T. 21.1.2002).

Öngörülebilirlikle ilgili bahsedilmesi gereken önemli bir konu da bilinçli taksir konusudur.

5237 sayılı Ceza Kanunu'muzda kusurluluk çeşitleri kast ve taksir olarak 2 bölümde düzenlenmiştir. Kast, doğrudan kast, olası kast olarak; taksir, basit taksir, bilinçli taksir olarak iki alt bölüme ayrılmıştır<sup>77</sup>.

Bilinçli taksir hali kanunumuzun 22. maddesinin 3. fıkrasında, “Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır” şeklinde belirlenmiştir. Kanunun lafzından (kelimelerin yorumsuz anlamlarından) öngörülen her olumsuz sonucun gerçekleşmesinde bilinçli taksirin var olduğu gibi bir sonuca varmak mümkün gözükse de; bu durumun tıbbi olgularda kabul edilmesi imkanı yoktur. Eğer kanunu bu şekilde yorumlarsak hekimin hemen her tıbbi müdahalesinde bilinçli taksir sözkonusu olacaktır. Zira hekim tıbbi müdahalede bulunurken meydana gelebilecek olumsuz neticeleri de çoğu kez öngörmektedir<sup>78</sup>.

#### 77 KAST - TAKSİR KARŞILAŞTIRMALI TABLOSU

ÇEŞİTLER	TANIMLAR	FAİL SÖYLEMLERİ
DOĞRUDAN KAST	Bilerek ve isteyerek hareket ve neticenin gerçekleştirilmesi (suçun) işlenmesi.	ÖLDÜRDÜM
OLASI KAST	Oluşacağı ÖNGÖRÜLEN neticenin (suçun) oluşmasının önemsenmemesi, oluşmaması için çaba sarf edilmemesi, Vurdumduymazlık.KABULLENME	OLURSA OLSUN ÖLÜRSE ÖLSÜN
BİLİNÇLİ TAKSİR	Oluşacağı ÖNGÖRÜLEN ancak İSTENMEYEN neticenin (suçun), oluşmaması için elden gelen çabanın sarf edilmesi, suçun oluşmamaçına çeşitli nedenlerle inanarak, harekete devam edilip öngörülen neticenin gerçekleştirilmesi .	İNŞALLAH OLMAZ İNŞALLAH ÖLMEZ
BASİT TAKSİR	DİKKAT VE ÖZEN EKSİKLİĞİ sonucu öngörülebilir nitelikteki istenmeyen sonucun (suçun) ÖNGÖRÜLMEMEYEREK gerçekleştirilmesi	PARDON ÇOK ÜZGÜNÜM

Savaş Halide. Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, s.193 , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007

78 Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, s.320



Kanunu yanlış yorumlayarak, hekimin tıbbi müdahalede bulunurken öngördüğü bütün olumsuz sonuçlarda bilinçli taksirin oluştuğunu kabul etmek hatalıdır. “Hekimlerin, tıbbi hatalarda oluşan olumsuzlukları önceden öngördüklerini söylemelerinin (ya da aydınlatılmış onam formlarında belirtmelerinin) bilinçli taksirle hareket ettiklerini baştan kabul etmeleri anlamında olduğu” şeklindeki görüş hiçbir şekilde kabul edilemez; hukuk doktrin ve uygulamasıyla bağdaşmaz. Zira, her tıbbi müdahalenin öngörülebilir olumsuz sonuçları vardır. Öngörülebilir olumsuz sonuçların, önlenebilir olup olmadığı noktasından yola çıkmak gerekmektedir. Bu olumsuzluklardan önlenebilir nitelikte olanlar için gereken önlemler alınır ve oluşması engellenir. Gereken tüm önlemler alınmış olmasına rağmen yine de olumsuz sonuç gerçekleşmişse hastanın hukuka uygun onamının alınmış olması şartı ile hekim sorumlu tutulmaz. Çünkü, izin verilen risk alanı içinde, alınan tüm önlemlere rağmen engellenemeyen, hastanın da oluşması ihtimalini bildiği bir zarar oluşmuştur. Ancak öngörülen olumsuz sonucun önlenmesi için gerekli tedbirler alınmaz, ihmal edilir ya da daha az tehlikeli bir müdahale ile iyileşme olabileceği halde daha tehlikeli bir müdahale uygulandığı için zararlı sonuç oluşursa taksirin varlığından sözedilebilir.

Hakeri’ye göre tıp hukuku çerçevesinde hekimin tıbbi müdahalesinde bilinçli taksirin kabulü için ilave bir takım koşulların aranması gerekmektedir. Hekimin neticeyi öngörmesi yeterli görülmeyip, mesleki cüret vb. nedenlerle yapmaması gereken bir tıbbi müdahaleye girişmesi halinde bilinçli taksiri kabul etmek gerekecektir<sup>79</sup>. Eğer, hasta açısından aynı iyileşme neticesine daha az tehlikeli bir tıbbi müdahale ile de ulaşmak mümkünken, daha tehlikeli bir tıbbi müdahale yöntemi seçilip, uygulanmışsa doktorun davranışı izin verilen risk alanı dışındadır ve fiil hukuka aykırıdır<sup>80</sup>.

Ceza Kanunumuzun lafzına bakıldığında, “öngörülebilir olumsuz sonucu istemeyerek gerçekleştirmek” bilinçli taksir olarak tanımlanmıştır. Bu tanımın değiştirilmesi ve yeniden tartışma oluşturmayacak şekilde yapılandırılması, hem tıp ceza hukuku hem de genel ceza hukuku doktrin ve uygulaması açısından faydalı olacaktır.

Tıbbi malpraktis nedeni ile oluşan ceza ve tazminat ödeme sorumluluğuna ilişkin birçok Yüksek Mahkeme Kararı bulunmaktadır. Zaten, olayda tıbbi malpraktis olduğunun tespiti halinde yargı makamları gere-

79 Hakeri Hakan. Tıp Hukuku, s.321

80 Ünver Yener. Ceza Hukukunda İzin verilen Risk, İstanbul 1998 s.189

ken kararları vermekte ve herkes de bu durumda sorumluluk doğduğunu kabul etmektedir. Ancak, tıbbi uygulama sonucunda oluşan durumun (tıbbi bilirkişilerce) “komplikasyon” olduğunun tespiti halinde sorumluluk doğmayacağı şeklindeki düşünce yanlıştır. Zira, daha önce bahsettiğimiz hukuk doktrini, Yargıtay uygulaması, Uluslararası bildirgeler, sözleşmeler ve ulusal mevzuatımızda yer aldığı gibi hastanın, komplikasyonlar konusunda bilgilendirilmesinden sonra müdahale izninin alınmış olması gerekir ki müdahale hukuka uygun olsun.

### **Yargı Kararlarında Komplikasyon**

Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları isimli kitabımızda<sup>81</sup> incelediğimiz 120 adet kararın 11 tanesinde, “komplikasyon” kelimesinin geçtiği tespit edilmiştir. Bu kararların;

3 tanesinde, **tespit edilen komplikasyondan dolayı, “aydınlatma (bilgilendirme) eksikliği” sebebi ile sorumluluk doğacağına** karar verilmiştir.

2 tanesinde, **bilirkişilerin “komplikasyon bulunduğu için sorumluluk yoktur” şeklindeki tespiti yüksek mahkemece kabul edilmemiş ve “raporada bazı sorulara açıklık getirilmediği” belirtilerek ilk derece mahkemesinin red kararı bozulmuştur.**

2 tanesinde, **“komplikasyona zamanında müdahale edilmemesi” sebebi ile sorumluluk doğacağı** kabul edilmiştir.

1 tanesinde, **dosyadaki iki farklı bilirkişi raporundan birinde, ortaya çıkan zararlı durumun komplikasyon olduğu bu nedenle sorumluluk doğmayacağı; diğerinde, zararlı sonucun komplikasyon olmadığı, cerrahi manipülasyona bağlı olduğu bu nedenle sorumluluk doğacağı** belirtilmiştir.

1 tanesinde **komplikasyonun önlenmesi için gerekli özenin gösterilmediği, önlemlerin alınmadığı** belirtilmiştir.

1 tanesinde, **ilk derece mahkemesinin red kararına dayanak teşkil eden ve komplikasyon olduğundan sorumluluk da olmadığını belirten bilirkişi raporunu düzenleyenler arasında ilgili uzman olmadığından ilk derece kararı bozulmuştur.**

1 tanesinde, **“oluşan komplikasyonun hastada zarar oluşturmadığı” şeklindeki tespit karara yansımıştır.**

81 Savaş Halide.Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.2.Baskı

Bu kararların ilgili bölümleri şöyledir:

**Aydınlatma Eksiği Nedeni İle Sorumluluk Doğacağını Belirten Kararlar:**

**1. Hastanın, nadir olarak gerçekleşebilecek komplikasyonlar hakkında bile aydınlatılması, bilgilendirilmesi gerektiğini belirten karar aşağıdaki gibidir:**

“Gerçekte de; doktor hastasına uygun tedaviyi tavsiye etmek ve gerekli her türlü tedbirleri düşünüp, alarak işi yapmak ve tamamlamak zorundadır. Özellikle, müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının, gerektirdiği bütün önlemleri almalı, **bu tip sonuçlar nadir de görülebilecekse hastayı aydınlatıp uyarmalı ve onun rızasını muhakkak surette almalıdır. Ameliyatta rizikoları; muhtemel hasıl olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından savunulmamış ve kanıtlanmamıştır**” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1993/131, K. 1993/2741, T. 5.4.1993).

**2. Yine sonuç kısmı kabul edilmeyen bir bilirkişi raporunda komplikasyon kelimesi şu şekilde geçmiştir:**

“Diğer yandan, hükme esas alınan Üroloji uzmanı Op. Dr. D.A. tarafından hazırlanan bilirkişi raporunda; ağrı kesici etkisi yönüyle kullanıldığı anlaşılan Exen Forte tablet türü ilaçların mide bağırsak sisteminde rahatsızlığı bulunan hastalarda dikkatli kullanılması, mümkünse kullanımından kaçınılması, mide kanamasının **bu tür ilaçların beklenebilecek yan etkisi olduğundan, kullanılması zorunluluk arz ediyorsa mide koruyucu bir ilaçla birlikte kullanılmasının uygun olacağı şeklinde görüş bildirilmesine rağmen; hekimin beyanı gözetilerek hastanın önceden uyarılmış olduğunun kabulü ile ortaya çıkan komplikasyonların tamamen ilacın yan etkisi olup, davalıların kusurlarının olmadığı kanaatine varılmıştır**” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E.2006/10057, K.2006/13842, T. 19.10.2006). Hekim beyanını gözeterek ve rapora dayanarak verilen ilk derece mahkemesinin red kararı Yargıtayca, savunma ispatlanmadığı için bozulmuştur.

**3. Oluşan zararlı durumu ameliyatın beklenen sonuçlarından kabul eden ve Yargıtay tarafından yetersiz bulunan bir başka bilirkişi raporu karara şöyle yansımıştır:**

“Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunda 18.3.2006 tarihinde yapılan

muayenede, hastanın serebellar sistem muayenesinin normal olduğu, sfinkter kusuru olmadığı, alt ekstremitelerde kas gücü normal, reflekslerin zayıf ve simetrik alındığı, diğer muayene bulgularının normal olduğu açıklanarak, verilen 3.4.2006 tarihli raporda da, “adli ve tıbbi bilgilerin değerlendirilmesi sonucunda, davacıya 8.9.2003 tarihinde Dr. A. A. tarafından yapılan bel fitiği ameliyatı sırasında meydana gelen dura yırtığının sık görülen bir komplikasyon olduğu, aynı seansta onarımı cihazına gidilmesine rağmen başarılı olmaması nedeniyle reeksplorasyon önerildiği, ancak hastanın bu ameliyatını kendi isteği ile başka yerde yaptırdığı, hastaya uygulanan tedavi ve ameliyatların tıp kurallarına uygun olduğu” belirtilmiştir. **Mahkemece Adli Tıp Raporu gereğince davanın reddine karar verilmişse de, anılan rapor, davalıya yapılan tedavi ve uygulanan ameliyat nedeniyle gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, doğabilecek komplikasyonlara karşı hastanın bilgilendirilip bilendirilmediği, tedavi ve ameliyatta herhangi bir hata olup olmadığı konularında açıklama içermediğinden, olayda davalıların kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli değildir.** Bu rapora dayanılarak hüküm kurulamaz” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2007/2916, K. 2007/8485, T. 18.6.2007).

### **Karara Dayanak Yapılan “Komplikasyon Olduğundan Sorumluluk Yoktur” Raporunda Bazı Sorulara Açıklık Getirilmemesi Nedeni İle Bozulan Kararlar:**

#### **1. Yargıtay’ın, davayı aydınlatmak bakımında yetersiz bulunduğu, kabul etmediği bilirkişi raporunda; ameliyat sonrası enfeksiyon gelişmesinin olağan komplikasyon olduğu şu şekilde belirtilmiştir:**

“Mahkemenin kararını dayandırdığı Yüksek Sağlık Şurası’nın 26-27 Nisan 2001 tarihli raporun da olayın oluşumu ve uygulanan tedavi açıklanıp “dosyadaki bilgi ve bulgular değerlendirildiğinde; yapılan ameliyatın doğru olduğu, ameliyat sonrası enfeksiyon gelişmesi beklenen bir komplikasyon olduğu, bu nedenlerle hastahane ve görevli doktorların kursosuz oldukları” belirtilmiştir. Raporunda, somut olaydaki kırıkta, tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun teşhis ve tedavi yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığı, bu konuda yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda özen gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle, yapılanın uyuşup uyuşmadığı açıklamalarına yer verilmemiştir. Bu nedenle rapor yetersiz olup, hükme dayanak yapılamaz” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2001/10959, K. 2002/487, T. 21.1.2002).

**2. Belli soruların cevapları verilmediği için Yargıtay tarafından kabul edilmeyen bilirkişi raporunda, dava konusu tıbbi müdahale sonucunun, komplikasyon oluşturmayacağı belirtilmiştir. Karar şöyledir:**

“Mahkemenin kararına dayanak yaptığı Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu’nun raporunda. davacının vücudunda kalan maddenin inert bir madde olduğu, hastada reaksiyonel bir gelişime yol açacak nitelikte olmadığından çıkarılmasının gerekmediği, hastada meydana getirecek tıbbi bir komplikasyon söz konusu olmadığı, bu nedenle uygulamayı yapan hekime yüklenecek kusur bulunmadığı belirtilmektedir. Raporda somut olaydaki gibi bir vakada tıbbin gereklerine ve kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı, bu konuda az yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda da özen gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle yapılanın uyuşup uyuşmadığı, böyle bir operasyonda vücutta yabancı bir maddenin kalıp kalmayacağına olağan olup olmadığı ve böyle bir riskin bulunup bulunmadığı konusunda her hangi bir açıklama ve bilgiye yer verilmemiştir. Bu nedenle son mercii niteliğinde bulunmayan kuruldan alınan bilirkişi raporu yetersiz olup hükme dayanak alınamaz” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E.2005/11159, K. 2005/17474, T. 28.11.2005).

**Komplikasyona Zamanında Müdahale Edilmemesi Nedeni İle Sorumluluk Doğacağını Belirten Kararlar:**

**1. Tıbbi müdahale sonucunda oluşan komplikasyona zamanında müdahale edilmesini sağlamayan idarenin kusurlu olduğunun kabul edildiği bir kararda “komplikasyon” şu şekilde yer almaktadır:**

“İdare Mahkemesi’nce, yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda, davacının M. Devlet Hastanesi’nde yapılan sol diz dış yan bağ ameliyatı sonrasında bacağına alçıya alındığı, ameliyatın ertesi günü hastanın ağrısının şiş ve mor olduğunu, ızdırap çektiğini görmesi üzerine hemşirenin tedbir olarak alçıyı açtığı ve hafta sonu olması nedeniyle nöbetçi doktora durumu bildirdiği, doktorun ise ameliyatı yapan doktora haber verilmesini söylediği, sonuçta doktorun pazartesi gününe kadar gelmediği, bu arada hastaya yalnızca hemşire tarafından normal tedavi yapılmaya devam edildiği, hasta iki gün sonra doktor tarafından görülünce müdahale edildiği, ancak, başarı elde edilememesi üzerine sevkedildiği H. Hastanesi’nde bacağına kesildiği, olayda alçıya ait komplikasyon geliştiği, fakat nöbetçi doktor, ameliyatı yapan doktor ve hastane arasında irtibat kurulamadığı için komplikasyona zamanında müdahale edilemediği, ameliyat sonrasında tedavi ve bakımın aksadığı, gerekli tedavinin yapılmadığı hususlarının belirlendiği, bu durumda hizmet kusuru açık bulunan idarece” (Danıştay 10. Daire E.1992/184, K. 1992/4321, T. 9.12.1992).

**2. Tıbbi müdahale öncesinde, sırasında ve sonrasında oluşabilecek istenmeyen durumların(komplikasyonların) önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmaması durumu karara şu şekilde yansımıştır:**

“İdare Mahkemesi 20.1.1994 tarih ve E: 1993/1095, K: 1994/43 sayılı kararıyla; tedavi sırasında meydana gelebileceği tahmin edilebilen komplikasyonların önlenmesi için alınması gerekli tedbirlerin alınmadığı ve davacının kolunun kırılmasına neden olunduğu, kırık ihtimali üzerine psikiyatri servisinden 23.12.1985 tarihinde radyolojik tetkikin yapılması için röntgene gönderildiği ve çekilen filmin ismi okunamayan bir doktor tarafından incelenmesi sonucu “hastanın grafisinde patoloji tesbit edilmedi” raporu verildiği, dolayısıyla gerekli tedavi yapılmayarak davacının kolunun sakat kalmasına yol açıldığı olayda idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle ...maddi, ...manevi olmak üzere toplam ...tazminatın ödenmesine, maddi tazminata davanın açıldığı 10.9.1986 tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmasına karar vermiştir” (Danıştay 10. Daire E. 1994/2110, K. 1995/4255, T. 9.10.1995).

**Hastaya yapılan tetkik sırasında, komplikasyonların önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmadığının, yeterli özenin gösterilmediğinin bilirkişilerce tespit edildiği karar şöyledir:**

“Mahkemenin de hükmüne esas tuttuğu Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurası'nın birbirini doğrulayıp tamamlayan raporları ile; Davacının, çekap yaptırmak için başvurduğu dahiliye uzmanı tarafından özel bir laboratuvara gönderildiği bazı tetkiklerle birlikte lavman yoluyla baryum verilerek kolon filmi çekildiği, daha sonra çekilen grafiler hakkında ilgili hekime bilgi verildikten sonra hava verilerek çift kontrast kolon tetkiki yapıldığı, bu sırada hastanın karın, göğüs ve boyun cildinde şişmeler olduğu, genel durumunun bozulduğu, hemen müdahale edilerek özel bir hastahaneye götürüldüğü ve ameliyata alındığı, ameliyat anında kolon perforasyonu ve buradan rektum arkasına baryum ve serbest havanın kaçması sonucunda cilt altı anfizeminin kapatıldığı, ameliyat yerinde herni olduğu kolon divertikülü mevcudiyetinde baryumlu kolon tetkikine ilave olarak çift kontrast tetkikinin uygulanabileceğini, ancak bu tetkikin komplikasyonların önlenmesi açısından çok dikkatle yapılması gerektiği, yeterli özenin gösterilmediği durumlarda; kolon divertikülü olan hastalarda perforasyon oluşabileceği, bu nedenle davalı şirkette hastanın çift kontrast kolon grafisini çeken görevlilerin dikkatsiz ve tedbirsiz davranışları, söz konusu işlem sonrası oluşan kolon perforasyonu sonucu davacının daha sonraki operasyonlara maruz kaldığı iki ayı aşkın bir zaman

içinde büyük abdestini ağızlaştırılan karın duvarından yaparak dışkı dolu torbayla yaşadığı çok açık bir şekilde belirlenmiştir” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1996/3880, K. 1996/6163, T. 17.6.1996).

**Yargıtay’ın kabul etmediği bir bilirkişi raporunda zarar oluşturan tıbbi durum ameliyatın olağan komplikasyonu kabul edilmiştir. Ancak bu raporu düzenleyen kurulda ilgili uzman bulunmamaktadır. Karar şöyledir:**

“Mahkemece, itibar edilen Adli Tıp ...İhtisas Kurulu’nun 14.9.2001 tarihli raporunda “yapılan ameliyatın usulüne uygun olduğu, damakta ortaya çıkan fistülün olağan ameliyat komplikasyonu olarak kabul edilmesi gerektiği, doktora atfedilecek herhangi bir kusur bulunmadığı” görüşüne yer verilmiştir. Ancak, bu raporu düzenleyen kurul içerisinde konusunda uzman Kulak Burun ve Boğaz Uzmanı bulunmamaktadır. Bu nedenle bu rapora itibar edilerek hüküm oluşturulamaz” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2002/2589, K. 2002/4560, T. 25.4.2002).

**Aşağıdaki kararda, aynı tıbbi müdahale ile ilgili birbirine zıt iki bilirkişi raporu bulunmaktadır. Yargıtayca kabul edilmeyen raporda, mevcut durumun tıbbi hata değil olağan komplikasyon olduğu, diğer raporda ise olağan olmadığı, tıbbi malpraktis bulunduğu belirtilmektedir. Karar şöyledir:**

“Mahkemece, Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu’ndan alınan 30.5.2005 günlü raporda, “total abdominal histerektomi sonrası vezikovaginal fistül gelişimi görülebilen komplikasyonlardan olduğu, operasyonu yapan doktor E. K.’in yaptığı ameliyatın indikasyonu ve ameliyat tekniğinin tıp kurallarına uygun olduğu, bu tip ameliyatlarda görülebilen komplikasyonlardan olan vagen-mesane arasında oluşan fistül nedeniyle hekime yüklenecek kusur bulunmadığı” bildirilmiş ise de raporu hazırlayan kurul içerisinde bir kadın doğum uzmanı bulunmadığı gibi, kadın doğum uzmanından görüş de alınmamıştır.

Esasen, Cumhuriyet Savcılığı’nda yapılan kovuşturma sırasında Adli Tıp uzmanı Dr. Ş.V. tarafından düzenlenen 11.8.2003 tarihli raporda, davalı doktor tarafından yapılan ameliyatta tanı kusuru bulunmadığı, tedavi yönteminde kusur bulunmadığı, ancak hastada bulunan şikayetlerin myoma uteri ameliyatlarından sonra görülen doğal ve beklenen komplikasyonlardan olmadığı, fistülün cerrahi manüplasyona bağlı bir sonuç olduğu, hastanın 3 kez ameliyat geçirmesine neden olan veziko-vaginal fistülün davalı doktorun yaptığı ameliyattaki haksız eylemi ile meydana

geldiğinin tıbben kabulü gerektiği, fistülün anatomik yeri dikkate alındığında davalının iddia ettiği gibi hastanın sondayı çıkarmak istemesi sırasında oluşmasının mümkün olmadığı, bu itibarla doktorun 8/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E.2006/5554, K.2006/11186, T.6.7.2006).

**Ameliyat sonrasında oluşabilecek istenmeyen durumları belirtirken komplikasyondan bahseden kararda komplikasyon nedeni ile hastanın zararının oluşmadığı dile getirilmiştir:**

“Davacıya uygulanan sağlık hizmetinde ihmal veya kusur bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla mahkemelerinin 27.11.1995 tarihli ara kararı ile... Üniversitesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Anabilim Dalı Başkanlığından, dava ve hastane dosyalarına göre inceleme yapılarak ameliyattan 9 gün sonra çıkarılan gazlı tamponun hastada herhangi bir rahatsızlık ve zarar yapıp yapmayacağı, çıkartılmasından sonra tedaviyi gerektirecek bir hastalık yaratıp yaratmayacağı, ayrıca kalıcı bir hastalığa sebep olup olmayacağı sorulduğu, anılan anabilim dalı başkanlığının 10.1.1997 tarihli yazısında; gazlı tamponun çıkarılmasında ikinci bir ameliyatın sözkonusu olmadığı, gazlı tamponun kalmasının hastayı bir kaç gün koku ve akıntı sebebiyle rahatsız edeceğinin bunun dışında başka bir komplikasyonun veya ileride hastanın hayatını tehdit edecek bir durumun söz konusu olmayacağı belirtildiği, gazlı tamponun unutulması nedeniyle olayda idarenin kusurlu olmasına rağmen davacının bu sebeple uğradığı kesin bir zarardan söz etmeye olanak bulunmadığı ...” (Danıştay 10. Daire E. 1997/3565, K.1999/5224, T. 19.10.1999).

**Görüldüğü üzere yargı kararlarında komplikasyon bazen, öngörülebilir önlenemeyen; bazen, öngörülebilir ama gereken tedbirler alındığında önlenemeyen istenmeyen sonuçları kapsar şekilde kullanılmıştır.**

Kanaatimizce, öngörülebilir ama önlenemeyen istenmeyen durumlar tıbbi malpraktis niteliğindedir. Zira bu zararlı sonuçların önlenmesi için tıbben alınabilecek tedbirler var ve bu tedbirler alınmamış ise ihmali davranış söz konusudur. Beklenen ama önlenemeyen durumları kapsayan komplikasyonun sözkonusu olduğu durumlarda, hastanın müdahale öncesi komplikasyon konusunda aydınlatılmış olması şartı ile sorumluluk doğmaz. Ayrıca öngörülebilir ama önlenemeyen bir sonuçun (komplikasyonun) oluşması sırasında sağlık mesleği mensubunun, bu sonuca sebep olabilecek ihmalkar bir davranışı olmuş ise bu davranışın da kusur çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.



Kanaatimizi destekleyen Yargıtay kararı konuyu şu şekilde toparlamaktadır:

“Hekim, tababeti yerine getirirken, tıbbi uygularken kişinin yaşamasını düzenlemek, sağlığını sağlihyabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır.

İşte hekim bu faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir.

Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunması ve tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi ya da ıstırar hali asla durumu etkilemeyecektir. Çünkü, rızanın ya da ıstırar halin varlığı halinde hekimin davranışının bütün sonuçlarının meşru sayılması, hukuka uygun addedilmesi düşünülemez. Davranışın ve illiyet bağının meşruluğu ancak kullanılan araç ve uygulanan metodun gerektirdiği bütün tedbirlerin alınmasında söz konusu olabilir. Tebabette de aynı kural geçerlidir. Sorumsuzluktan yararlanabilmek için tıp sanatının kurallarına, gereken tedbirlere uymak ve bu sınırlar içinde hareket etmek gereklidir” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 1976/6297, K.1977/2541, T. 7.3.1977).

Yukarıda ayrıntıları ile bahsettiğimiz Yüksek Yargı Kararlarında komplikasyondan dolayı, -“ aydınlatma (bilgilendirme) eksikliği” sebebi ile; -bilirkişilerin, “komplikasyon bulunduğu için sorumluluk yoktur” şeklindeki raporunda, “bazı sorulara açıklık getirilmediği” belirtilerek;-“komplikasyona zamanında müdahale edilmemesi” sebebi ile; -dosyadaki olaya “komplikasyon” ve “komplikasyon değil” deyen iki farklı bilirkişi raporu bulunduğu için; -komplikasyonun önlenmesi için gerekli özenin gösterilmemesi, önlemlerin alınmaması sebebiyle; -komplikasyondan dolayı sorumluluk doğmayacağını belirten bilirkişi raporunu düzenleyenler arasında ilgili uzman olmadığı için; -“oluşan komplikasyonun hastada zarar oluşturmadığı” şeklindeki bilirkişi tespiti manevi zarar yönünden mahkemece benimsenmediğinden, sorumluluk doğacağı belirlenmiştir.

**Sonuç olarak** hatalı tıbbi uygulamalar nedeni ile oluşan zararlarda, zararın oluşumuna sebebiyet veren kişilerin ceza ve tazminat ödeme sorumlulukları gündeme gelebilir. Tıbbi malpraktis durumlarında sorumluluk doğacağı gibi tıbbi uygulama sonrasında oluşan durum komplikasyon ise de sorumluluk doğabilir. “Tıbbi uygulama sonucu oluşan durum komplikasyon olduğundan sorumluluk doğmaz” düşüncesi yanlıştır. Ancak, hangi hallerde sorumluluk doğacağı noktasına dikkat etmek gerekir. Zira komplikasyon, hastaya fayda sağlayacak bir uygulamanın, öngörülebilir ama (alınan bütün önlemlere rağmen) önlenemeyen bazı risklere katlanılarak, hastanın onayı ile gerçekleştirilmesi sırasında oluşabilen, istenmeyen riskli durumlardır. **Hasta birey, müdahale sonucundaki iyilik haline ulaşabilmek için müdahale nedeni ile oluşabilecek olumsuz durumlara katlanmayı göze alır. Hastanın, müdahaleden makul süre önce (aciller ayrık olmak üzere) usulüne uygun olarak bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirme sonrasında müdahaleyi kabul etmiş olması, komplikasyon kabul edilen durumun oluşmasına kusur veya ihmal ile sebebiyet verilmemiş olunması, komplikasyonların önlenmesi için müdahale öncesinde, sırasında veya oluştuktan sonraki dönemde gerekenlerin yapılmasının sağlanması durumlarında komplikasyondan dolayı sorumluluk doğmaz denebiliriz.** Yani komplikasyonun varlığı halinde sorumluluk olmadığı söylenemez. **Eğer oluşan zararlı sonuç, “komplikasyon” olarak belirlenirse bu komplikasyon hakkında hastanın müdahaleden önce usulüne uygun olarak bilgilendirilip bilgilendirilmediğine bakılmalıdır. Usule uygun aydınlatılmış onam alınmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler sonuçta bir zarar oluşmasa da hukuka aykırıdır.** Ancak hukuk uygulamasında olaylar, zarar oluştuğunda yargıya taşınmaktadır. Üstelik mahkemeler tıbbi müdahalelerle ilgili davalarda, hukuka uygunluk koşullarının var olup olmadığını incelemeyen önce dosyayı, tıbbi bilirkişilere göndermektedirler. Bu nedenlerle hukuk uygulamasında mecburen, zarar oluşan olayların, malpraktis mi? komplikasyon mu? olduğuna bakıldıktan sonra, komplikasyon tespit edilirse; dosyada bu komplikasyon konusunda hastanın bilgilendirildiğine dair iddia ve ispat olup olmadığına bakılmalıdır. **Komplikasyon konusunda bilgilendirilme yapılmamış ise, diğer bir ifade ile hasta, vücudunda oluşan komplikasyonun oluşma ihtimalini bilecek o müdahaleye onay vermemişse sorumluluk doğar.** Makalemizde, doktrin ve uygulamada da bu düşüncenin yerleştiği tespiti yapılmış ve mevcut Yargıtay kararlarında komplikasyondan dolayı ne şekillerde sorumluluk tespitleri yapıldığı anlatılmaya çalışılmıştır.

## KAYNAKÇA

- Artuk E. – Gökçen A. – Yenidünya C.: 5237 Sayılı Yeni TCK.'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I., Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2006
- Aşçıoğlu Ç.: Tıbbi Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar. Ankara 1993
- Ayan M.: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluklar. Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1991
- Başpınar V.:Vekilin (Avukatın, Hekimin,Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 2.Baskı,Yetkin Yayınları,Ankara 2004
- Bayraktar K.: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu ,1972
- Belgesay M.R.: Doktorun Hukuki Borçları, İÜHF.M.1945, C. XI, S1-2, İstanbul 1945
- Belgesay M. R. Tıbbi Mesuliyet , ESASLAR – TİPİK VAKIALAR , s.12, İstanbul Üniversitesi Yayınları Hukuk Fakültesi, İstanbul 1954
- Büyükkay Y. İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006
- Çakmut Ö.: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, Ocak 2003
- Çetin G.: Tıbbi Malpraktis, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyumu Bildiri Kitabı
- Çetin G.: A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007 İstanbul
- Çelik F.: A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları,İstanbul Barosu Yayınları, 2007 İstanbul
- Çilingiroğlu C.: Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993
- Demirbaş T.: Ceza Hukuku Genel Hükümler. Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005
- Deryal Y.: Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması,s.138, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı:2, Yıl:2006
- Doğan M.: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyum Kitabı, 16-17 Ocak Mersin,Mersin Barosu Yayını
- Dönmezer S., Erman S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. Genel Kısım, Cilt: I, s, Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul 1994
- Dönmezer S., Erman S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. Genel Kısım, Cilt: II. Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul 1994
- Erman B.: Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Seçkin Yayınları, Ankara 2003
- Fischer G.: Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı:2, Yıl:2006 (Çeviren:Dirensia Efe)
- Gümüş A.: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu., Beta Basım Yayım, Mart 2001
- Güran S.: Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu. Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu,

- Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983
- Hakeri H.: Tıp Hukuku. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007
- Hatırnaz Erol G.: Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları,Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007;
- Hatun Ş.: Hasta Hakları, İletişim Yayınları, İstanbul 1999
- Helvacı S.: Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Basım A.Ş. Ağustos 2001
- İçel K., Sokulu A. F., Özenç İ., Sözüer A., Mahmutoğlu F.S., Ünver Y.: Suç Teorisi. Beta Basım Yayım, 3. Bası, Ekim 2004,
- Kök N. – Çankaya H.: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Tıbbi Etik ve Hukuki Sorunlar, II. Ulusal Tıbbi Etik Kongresi Bildiri Kitabı, 18-20 Ekim 2001, Kapadokya
- Kunter N.: Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi , İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954
- Koca Mahmut.Hekimin Taksirli Fiillerden Doğan Cezai Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyumu Kitabı, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Yetkin Yayınları, Ankara 2007
- Lilie H.:Alman Hukukunda Hasta Hakları,Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi, Ocak 2007, İstanbul
- Mosenheuer A.: Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:142
- Özdemir H.: Teşhis Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2004
- Özek Ç.: Hekim ve Hukuk Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları., İÜTFM, İstanbul 1965
- Özpinar B.: TıbbiMüdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları,2007;
- Özsunay E.: Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları. Türk Hukukunda hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983,
- Özsunay E.: Hekim ve Hastanenin Hukuksal Sorumluluğu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007 İstanbul;
- Öztürkler C.: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları., Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2003
- Polat O.: Tıbbi Uygulama Hataları.Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005
- Reisoğlu S.: Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, MHAUM., Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, 12-13 Mart 1982 Ankara
- Savaş H.: Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.2.Baskı
- Savaş H.: Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları,Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Sarıtaş H.: Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Bilge Kitabevi, Ankara-2005
- Sert G.: Hasta Hakları,Babil Yayınları, Eylül 2004
- Sevük Yokuş H.: Sağlık Hakkı Kapsamında YapılanMüdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler, s.224, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanu-

- nundaki Düzenlemeler Sempozyumu Kitapçığı, Marmara Üniversitesi-Roche Müstehzarları San A.Ş., Deniz Ofset Matbaacılık, Ocak 2007
- Soyaslan D.: Ceza Hukuku Genel Hükümler. Yetkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2005
- Şenocak Z.: Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları, Tıbbi Standartlar ve İspat, Sağlık Hukuku Kurultayı Kitabı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008
- Şenocak Z.: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998
- Tağ B.: Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı:2, Yıl:2006 (Çeviren: Yener Ünver)
- Tok Ö.: Osmanlı Dönemi Hekim-Hasta İlişkileri (Kadı Sicillerine Göre XVII. Ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri Örneği), Turkish Studies International Periodical Fro the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, Voluma ¾ Summer 2008-01-10
- Ünver Y.: Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998
- Ünver Y.: Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin Sağlık Hukukuna İlişkin Yeni Tarihli Bazı Önemli Kararları, Sağlık Hukuku Digestası, YIL:1, Sayı:1, Ankara Barosu Yayınları 2009
- Ünver Y.: Türk Tıp Hukukunda Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı:2, Yıl:2006;
- Ünver Y.: Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyum Kitabı, 16-17 Ocak Mersin, Mersin Barosu Yayını
- Yenerer Çakmut Ö.: Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri tebliğler Kitapçığı, Roche Müstehzarları San A.Ş., Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007
- Yavuz F.: Malpraktis Komplikasyon ayrımı, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları İstanbul Barosu Yayınları, 2007 İstanbul
- Yavuz İpekyüz F.: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006
- Yenisey F.: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:142
- Yılmaz B.: Aydınlatılmış Rıza, Sağlık Hukuku Digestası, YIL:1, Sayı:1, Ankara Barosu Yayınları 2009
- Yılmaz B.: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2007
- Yorulmaz C.: "İstanbul Tabip Odası'na Yansıyan Hekim Hatası İddiası Bulunan Olguların Adli Tıp Açısından İrdelenmesi", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Tıp Bilimleri Anabilim Dalı, İstanbul 2005
- Zevkililer A.: Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları., DÜHFD., Y. 1983, Diyarbakır 1983
- Zeytin Z.: Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri tebliğler Kitapçığı, Roche Müstehzarları San A.Ş., Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007



# ÖZEL HASTANELERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR\*

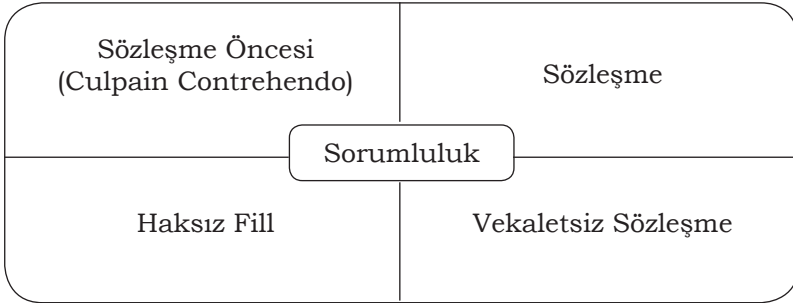
## 15 EKİM 2011 ÖZYEGİN ÜNİVERSİTESİ

15 Ekim 2011 tarihinde yaptığımız Sağlık Hukuku Sempozyumunda Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Yard. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR tarafından yapılan, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu konulu sunum yazarın onayı ve Baromuz mensubu meslektaşlarımızın talebi üzerine aşağıda yayımlanmıştır.

### GENEL OLARAK

• Özel Hastanelerin hukuki sorumluluğu söz konusu olabilmesi için kanunda ve tüzüklerde yer alan tanıma uygun olarak gerçek veya tüzel kişilerce kurulan özel hastanelerin ve bu hastanelerden yararlanacak olan hastalar arasında sorumluluğun temelleri farklı olabilir.

### SORUMLULUĞUN TEMELLERİ



### C.İ.C

Henüz taraflar arasında bir sözleşme olmadan da hasta zarar görürse hastane işletmecisinin sorumluluğu söz konusu olur.

Buraya sözleşme öncesi bir durum söz konusu olduğundan Sözleşme hükümleri uygulanır.

### SÖZLEŞME

Özel Hastanelerle hasta arasında daha çok sözleşme ilişkisi kurul-

\* Erzincan Ün. Hukuk Fakültesi

maktadır. Tarafların sözleşmeye dayanan sorumluluğu için;

Sözleşme

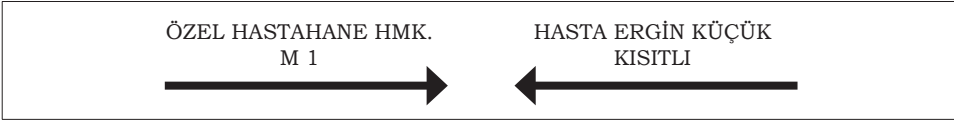
Sözleşmenin ihlali

Kusur

Zarar

İllyet Bağı

### SÖZLEŞMENİN TARAFLARI



### ÖZEL HASTANE

Özel hastaneler kamu hizmeti amacı güdülmeden, yatırılarak hasta tedavi etme, rehabilitasyon ve doğum yardımlarında bulunma amacına yönelik sağlık yurtlarıdır. Ancak kamu yönetimi dışında sağlık hizmeti sunmak için kurulmuş bütün sağlık yurtlarının özel hastane sayılması mümkün değildir.

HHK'nun 2. maddesi, sırf kendi çalışanlarına hizmet vermek üzere şahıslar, özel şirketler, işçi teşekkülleri ve benzeri tarafından kurulmuş sağlık yurtlarını özel hastane kavramı dışında tutmuştur.

Özel hastanelerde yönetim işlerini, gerçekleştirmek üzere bir müdür bulunur (HHK. m. 9/I, c. I). Müdürlük görevinin bizzat hastane işleticisi tarafından üstlenilmesi de mümkündür. Ancak, "Bu müdürün Türkiye'de sanatını yapmağa izinli Türk hekimi olması ve ikisi hastanelerde olmak üzere en aşağı beş yıl Türkiyede hekimlik yapmış veya devlet meslek memurluklarında çalışmış olması, herhangi bir suçtan dolayı ağır hapse veya şeref ve haysiyeti bozan suçlar yüzünden hapse mahkum olmaması lazımdır" (HHK. m.9/I).

### HASTA

Dünya Sağlık Teşkilatı'nın kabul ettiği hastalık tanımı ise, söz konusu bozuklukların hastalık olarak nitelendirilmesi için, insanın günlük faaliyet ve meşgalelerine engel olacak derecede ve ciddiyetle bulunması gere-



kir. Bu açıklamalar ışığı altında, hastayı;

Organizmasının günlük faaliyet ve meşgalelerini ciddi bir şekilde etkileyecek.

### **ÖZEL HASTANE İLE HASTA ARASINDA SÖZLEŞMENİN KURULMASI**

Teşhis ve tedavi sözleşmesinin kuruluşu genel hükümlere tabidir. (TBK. m. 1).

Sözleşmenin kurulmasında şekil serbestisi kuralı geçerlidir.

Teşhis ve tedavi sözleşmesini akdetmek hususunda taraflar için bir zorunluluk bulunmaz. Bunun gibi, kural olarak böyle bir sözleşme için yapılan icabı, olumlu veya olumsuz yönde cevaplandırma zorunluluğu da yoktur. Zımnî kabule ilişkin TBK. m.

Sözleşme serbestisi, esas itibariyle teşhis ve tedavi sözleşmesinde, sağlık hizmetini sunan özel sağlık kurum ve kuruluşları, hastayı kabul edip etmemekte kural olarak serbesttirler (TDN. m. 18).

Hasta da istediği özel bir sağlık kurum ve kuruluşuyla tıbbî teşhis ve tedavi sözleşmesini yapıp yapmamakta muhtardır (TDN. m.5).

Buna karşın acil vakalarda özel sağlık kurum ve kuruluşlarının ilk teşhis ve tedaviyi yapma zorunlulukları bulunur.

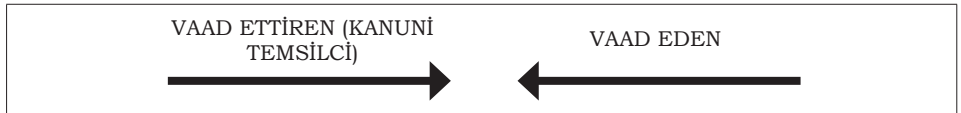
### **TARAFLARIN EHLİYETİ**

Tarafların ehliyeti konusunda da genel esaslar uygulanır (TMK. M.16/II).

TŞSTİDK'nun 70. maddesinin “veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı takdirde rıza şart değildir” düzenlemesi dayanak gösterilmiştir .

Hastanın, küçük, tam ehliyetsiz ve bitkisel hayatta veya şok halinde olması durumunda özel hastane ile kanuni temsilci arasında yapılan üçüncü kişi lehine sözleşme Borçlar Kanunu'nun 111/I gereği eksik üçüncü kişi lehine sözleşmedir.

### **EKSİK 3. KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME**



### **SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ**

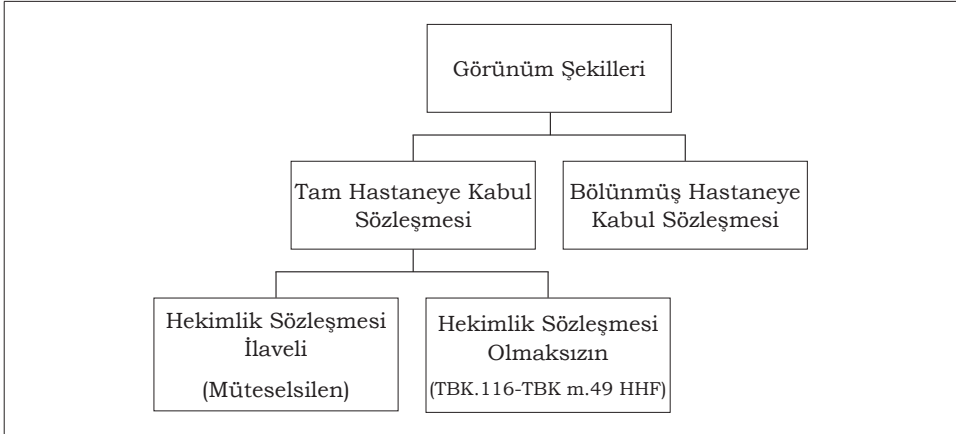
Teşhis ve tedavi sözleşmesinin yapılması herhangi bir şekle tabi değil-

dir. Borçlar Kanununun kabul ettiği sözleşme özgürlüğü şekil serbestisini de kapsar. Gerçekten “Akitlerin Şekli” başlığını taşıyan, Borçlar Kanunu’nun 11. maddesinin I. fıkrasına göre “Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir”. Kanun’da vekalet sözleşme için geçerlik şartı olarak herhangi bir şekil öngörülmemiş olduğundan, bu sözleşmenin kurulması konusunda da şekil serbestisi prensibi kabul edilir.

### SÖZLEŞMENİN ÖZELLİKLERİ



### ÖZEL HASTANE VE HASTA ARASINDAKİ SÖZLEŞMENİN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ



### HUKUKİ NİTELİK

Yataklı teşhis ve tedavi sunan özel hastanelerin hastalarla yaptıkları sözleşmede, hastane işleticisi; tıbbî tedavi ve hastane bakımı vekalet ve hizmet sözleşmesinin; barındırma, kira yedirip içirme ise, satım sözleşmesinin unsurlarını bünyesinde taşır. Bu nedenle günümüzde, gerek Alman Hukukunda, gerek İsviçre ve Türk hukukunda, özel hastaneler ile hasta veya kanuni temsilcisi arasında yapılan sözleşmenin “karma sözleşme”

olduğu kabul edilmektedir.

- Karma sözleşme, “kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya gelmesiyle vücut bulan sözleşmelerdir”.

- Karma sözleşmeler; Çift mahiyetli sözleşmeler, kombine sözleşmeler ve Ekleşik sözleşmeler olarak üçe ayrılırlar.

- Kombine sözleşmelerde, birden çok asli edim yükümlülüğü yüklenilmesi, ivazlı veya ivazsız olabilir, ivazlı olduğunda, bu genellikle bütün edim borçlarının karşılığı olarak bir miktar paradır.

### **TEŞHİS VE TEDAVİ SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN TESPİTİ**

- Tarafların teşhis ve tedavi sözleşmesi yapmasında güdülen asıl amaç, hastanın, eski sağlığına kavuşması veya en azından ızdıraplarının sona erdirilmesidir. Yani hastane işleticisinin asıl edimi tıbbî teşhis ve tedavinin gerçekleştirilmesidir.

- Diğer edimler ise yan edim niteliğindedirler. Söz konusu edimler asıl edimin gerçekleşmesine yardımcı olmaktadır.

- Sözleşmeye asıl damgasını vuran tıbbî teşhis ve tedavi edimini gerçekleştirme fiilinin ait olduğu tip, yani vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulur.

### **ZİMNİ KABUL**

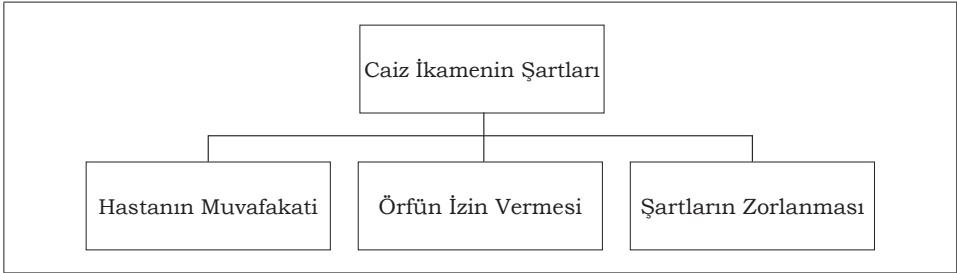
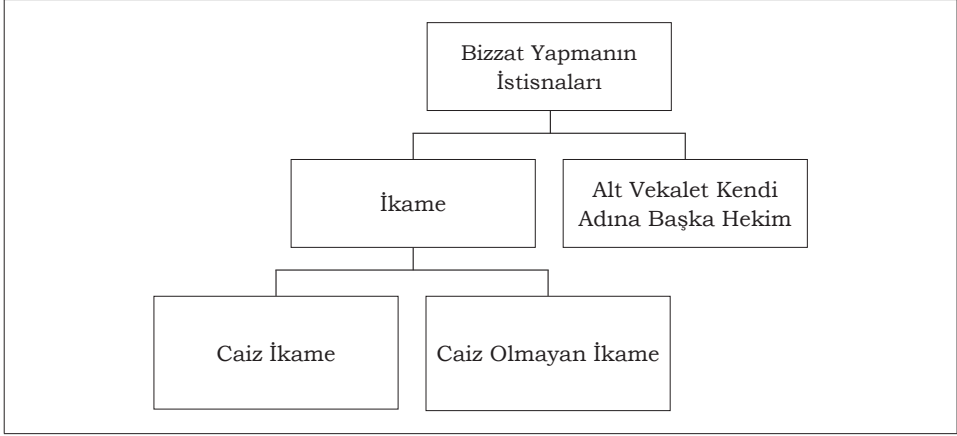
- Teşhis ve tedavi sözleşmesine vekalet sözleşmesinin hükümleri uygulanır. Vekalet sözleşmesi dahilinde düzenlenen TBK. m. 503 sözleşmenin zımnî kabulü kurulabileceğine işaret etmektedir. Söz konusu maddeye göre “Vekilin tevdi edilen işi idare hususunda resmi bir sıfatı varsa veya işin icrası mesleğinin icabından ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmiş ise vekalet, vekil tarafından derhal reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılır”.

### **TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

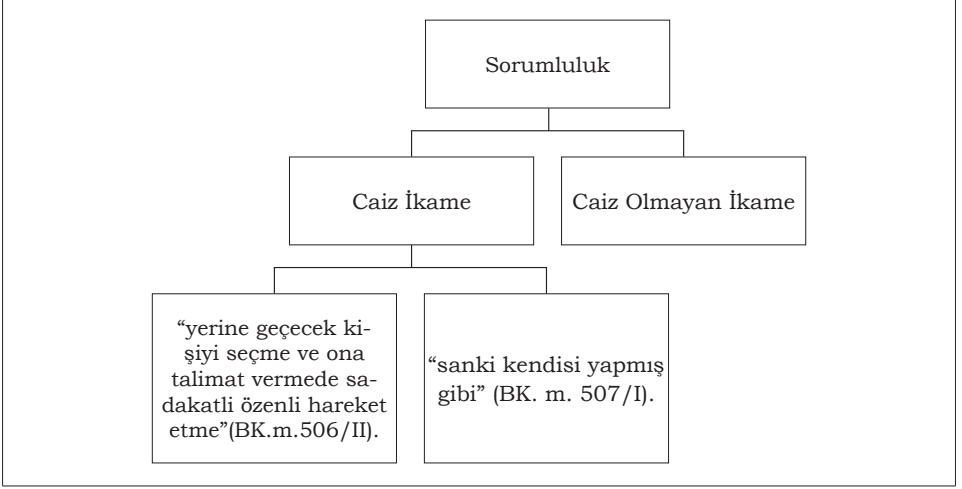
- Hastanın tıbbî teşhis ve tedavisini sağlama yükümlülüğü
- Özel hastaneler kendileriyle teşhis ve tedavi sözleşmesi yapan hastanın tıbbî teşhis ve tedavisini gerçekleştirmekle yükümlüdürler.
- Teşhis ve tedavi edimini, özel hastanede ifa yardımcısı (Bk. m. 116) olan hekim, sağlık kuruluşun da ise, sağlık kuruluşunun sahibi veya hiz-

met sözleşmesine göre çalıştırdığı hekim yerine getirir.

- Hastanın muayenesi ve gerekli tetkikler sonucu hekim kendi şahsi tecrübelerinden de yararlanarak hastaya teşhisini koyar. Bu fiille hastalığın ne olduğu anlaşılır. Söz konusu hastalığa göre de en uygun tedavi yöntemi belirlenir. En uygun tedavi yönteminden kasıt, “hastalığın tedavisi için riski en az ve fakat başarı şansı en fazla olan yöntem”dir.



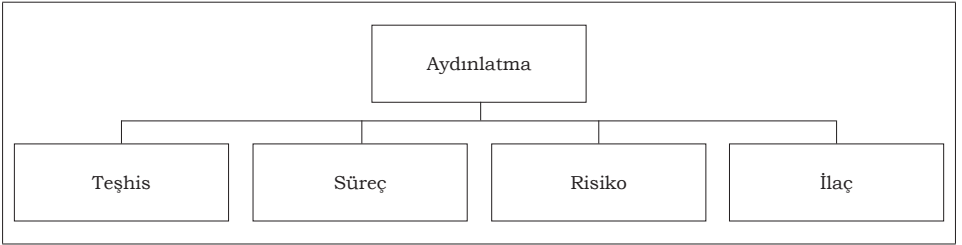
## İKAME HEKİMLİĞİM SORUMLULUĞU



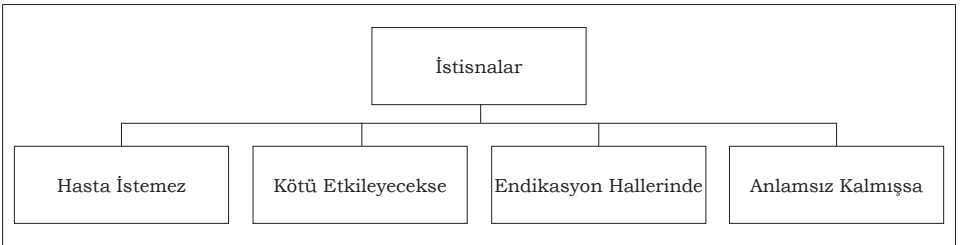
## AYDINLATMA KAVRAMI VE ÖNEMİ

Anayasa'nın 17. maddesi, TŞTİDK. M. 70 "bütün tıbbî müdahaleler için yetkili şahsın rızasını almak zorunludur. Rızanın geçerli olabilmesi içinse, hastanın, muvafakat beyanından önce müdahalenin türü, kapsamı ve sonuçları üzerinde aydınlatılması gerekir".

## AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

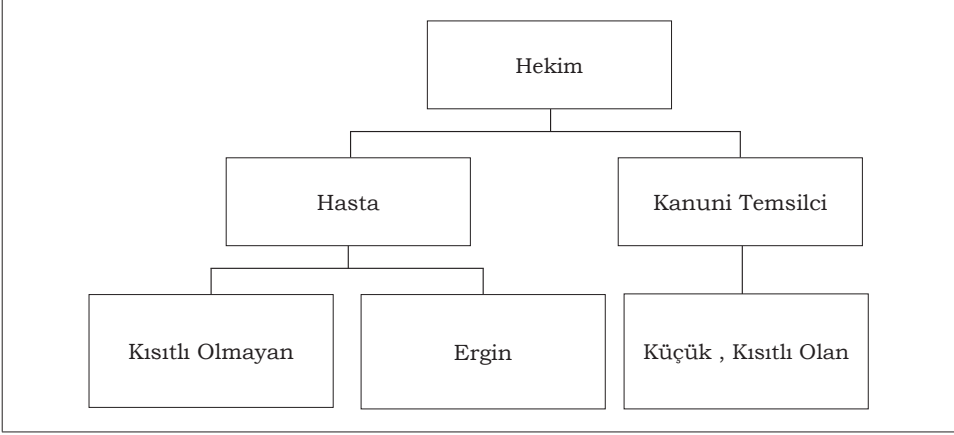


## AYDINLATMANIN ORTADAN KALKTIĞI HALLER



Acil endikasyon (gereklilik) halleri kastedilmiştir.

### AYDINLATMANIN YÜKÜMÜ



Davalı hekimin, ameliyat sonucu kırılan ve bir türlü bulunamayan iğne ucu hakkında hastasına gerekli bilgiyi vermesi gerektirir. Aksi davranışı özensizlik sayılacağından sorumluluğu söz konusudur. (Y.13.HD, 2000/8590-9569K).

Hasta kalçasındaki kırığın bir türlü iyileşmemesinden dolayı 2 kez daha ameliyat geçirmiş iki farklı hastaneden rapor almak zorunda kalmıştır. Hasta kendisine yanlış bilgi verildiğini aydınlatılmadığını ileri sürerek ilgili doktorlardan tazminat talep etmiştir. (Y.13.HD, 09.02.2009T, 2008/9605E, 2009/1324K)

### HASTANIN RIZASININ ALINMASI

Alman ve İsviçre hukuklarında kişiye, kendi geleceğini bizzat tayin hakkı tanımakta ve tıbbi teşhis ve tedaviye getirilen “hastanın tıbbi teşhis ve tedaviye rıza göstermesi” sınırlamasının bu haktan doğduğu kabul edilmektedir. Bu hak gereğince herkes tıbbi hizmet talep etme ya da hastalığını mukadder gidişatına bırakma konusunda seçimlik bir hakka sahiptir. Türk hukukunda, söz konusu hakkı, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen “Herkesin yaşama ve vücut bütünlüğü hakkından ve Medeni Kanununun şahsiyetin haksız fiil sonucu ihlal edilmesine karşı korumasını düzenleyen 24. maddesinden çıkarmak mümkündür.

Bu maddeler gereğince kişinin rızası alınmaksızın, şahsiyet haklarının kapsamına giren hayatına, sağlığına, vücut tamlığına yapılacak her türlü müdahale hukuka aykırıdır. Tıbbi teşhis ve tedaviler çoğu zaman kişi-

nin vücut tamamıyetine yönelik olduğundan, bu teşhis ve tedavi filleri, iyileştirme amacını da taşısa hastanın bu konuda rızası alınmadıkça hukuka aykırı olur. Böylece hekimin hastanın rızasının alma yükümlülüğü, hastanın kendi geleceğini tayin hakkının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sınırlı ehliyetsizler ise, tedaviye rıza göstermesi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, kural olarak, bu hakkı kanuni temsilcilerinin izni ve muvafakatine gerek olmaksızın kullanabilirler; fakat, TŞSTİDK'nun 70. maddesi, hastanın küçük veya kısıtlı olması durumunda, temyiz kudretine sahip olup olmadıklarına ilişkin bir ayırım yapmaksızın veli ya da vasinin iznini aramaktadır.

### **RIZANIN ŞEKLİ**

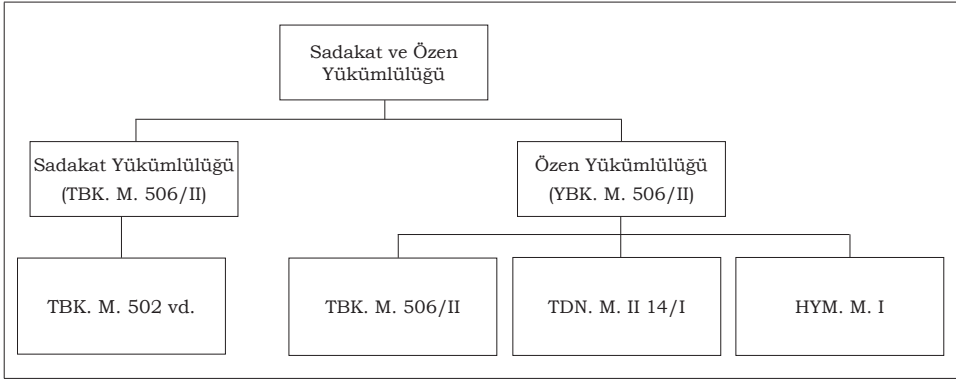
Hasta rızasının çeşitli şekillerde belirtebilir. Rıza sarıh olarak veya zımnî olarak açıklanabilir. Zımnî rızada hastanın tıbbî teşhis ve tedaviye razı olduğu yapılacak ameliyata engel olmaması gibi somut olayın hal ve şartlarından çıkarılır. Bunun yanında, hekim, hastanın farazî rızasına dayanarak da tıbbî müdahalede bulunabilir. Farazî rıza, hastanın bilincinin yerinde olmadığı acil vak'alar ve ameliyatın genişletilmesi durumlarında söz konusu olur.

Hekim böyle hallerle karşılaştığında hastanın durumunu değerlendirir ve tıp biliminin kurallarına göre müdahalede bulunur. Farazî rızanın tespit edilmesi objektif değerlendirmeye göre yapılır, rızanın varsayılmasında bilincini kaybetmiş olan hasta değil, bu durumdaki, normal, vasat, makul bir kimse dikkate alınır. Böylece, farazî rıza "hasta bu duruma bilse idi, mutlaka rızasının verirdi" ilkesinde dayanağını bulmakta ve hekim bu ilkeye dayanarak tıbbî teşhis ve tedavi edimini yerine getirebilir.

### **RIZADAN CAYMA**

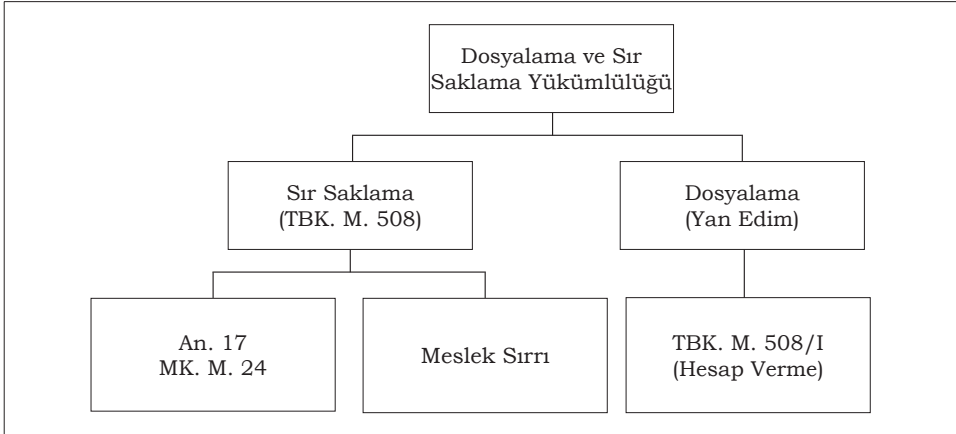
Tıbbî teşhis ve tedavi için verilmiş olan rıza her zaman geri alınabilir. Bu hastanın kendi geleceğini bizzat tayin hakkının sonucudur. Şüphesiz bazı durumlarda hastanın rızasını geri alması dolayısıyla hekim önemli güçlüklerle karşı karşıya gelebilir. Bu durumda bazı hukukçularca, eğer teşhis ve tedaviye başlanmışsa ve bunun yarıda bırakılması hastanın ölümüne veya sağlığı açısından çok ağır bir zarara yol açacaksa hekimin, hastanın rızasının geri almasını görmemezlikten gelebileceği savunulmaktadır. Zira böyle hallerde hekimin vereceği karar hukukî olmaktan ziyade, onun açısından vicdani bir problem haline gelir.

## SADAKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ



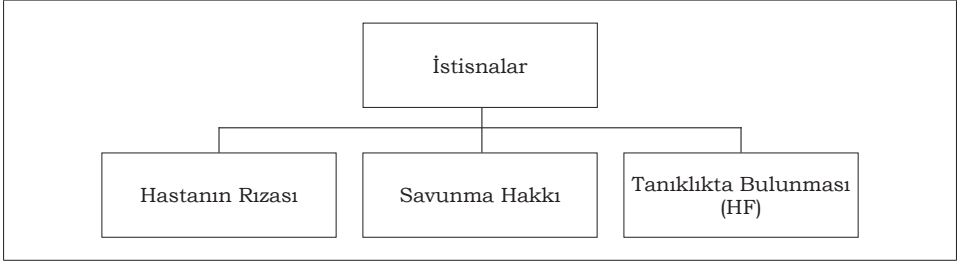
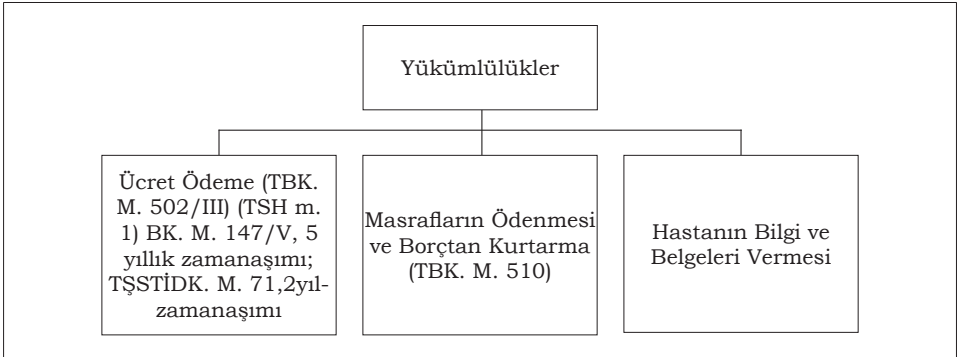
Hasta nefes almada güçlük şikayetiyle başvurduğu hekim, burnun dış görünümünü güzelleştirip asıl soruna değinmemiş olması sebebiyle 4 kez ameliyat olması gerektiğinden dolayı doktorun özensiz davranışından dolayı tazminat talep etmiştir. (Y.13. HD. 16.08.2008t, 2008/5617E- 2008/10667K).

## DOSYALAMA VE SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

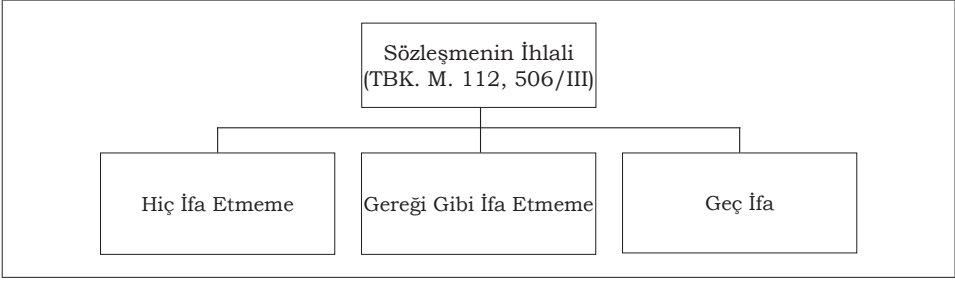


Davalı tarafından yapılan enjeksiyon sonucu sakat kaldığını iddia etmektedir. Ancak, ilgili enjeksiyonun ilgili kişi tarafından yapıp yapılmadığı kanıtlanamamıştır. Hatta resmi belgelerden de kimin yaptığı anlaşıl原因amamaktadır. Bundan dolayıdır ki tahmine dayalı olarak hüküm konulamaz. (Y.13.HD, 30.01.2007T, 2006/13993E, 2007/700K).



**SIR SAKLAMANIN İSTİSNALARI****HASTANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

## SÖZLEŞMENİN İHLALİ



Hastanın, By-Pass ameliyatının Kapalı Damar yerine Sağlam damara yapılması vekalet aktinden kaynaklanan özen yükümlülüğüne aykırı olduğundan hekimin sorumluluğu doğar. (Y.13.HD,10.03.2006T, 2005/14854E, 2006/3416K)

Davalı kadın doğum uzmanı vekalet sözleşmesinin bir gereği olan gerekli özenin gösterilmesi kuralına aykırı olarak, davacının annesi Sacide'nin enfeksiyon kapması sonucu ölümüne sebep olmuştur. Gerekli özeni göstermeyen hekim sorumludur. (Y.13HD. 8.7.2005T, 2005/3645e- 11796)

## KUSUR

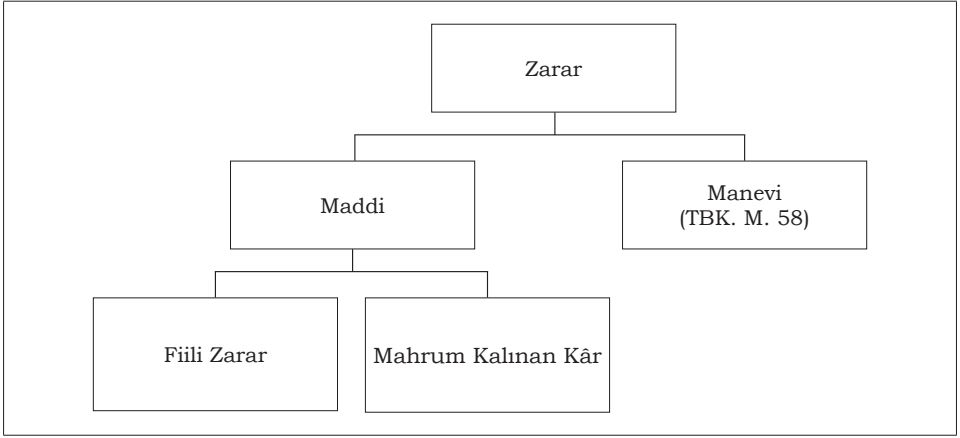
Sorumluluk hukuku bakımından kusur, hukuk düzeni tarafından hoş görülmeyip kınanan bir davranış biçimidir. Başka bir söyleyişle, "benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan ve ayrılan davranış biçimi" kusur adını alır.

## MESLEK KUSURU

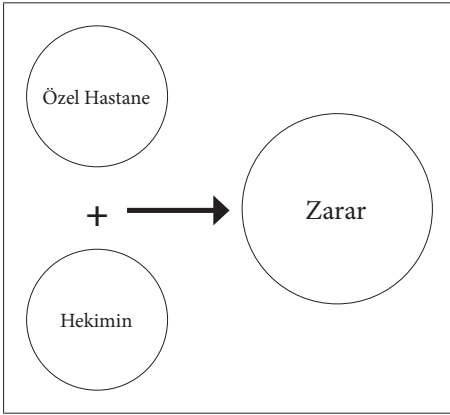
Meslek kusuru, tıp ilminin genel olarak tanınan kurallarının kusurlu bir ihlalini" ifade eder. Yani, hekimin, tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınan kuralları gerekli dikkat ve ihtimam eksikliği nedeniyle nazara almaması, çiğnemesidir.

Hekimin, iltihaplı göz nakli sonucu hastanın gözü kör olmuştur. Bu durumda hekimin, mesleki bir kusuru söz konusudur. (Y.13.HD.25.05.2000T, 2000/2892E, 2007/5068E, 2008/3938E, 2008/9675K)

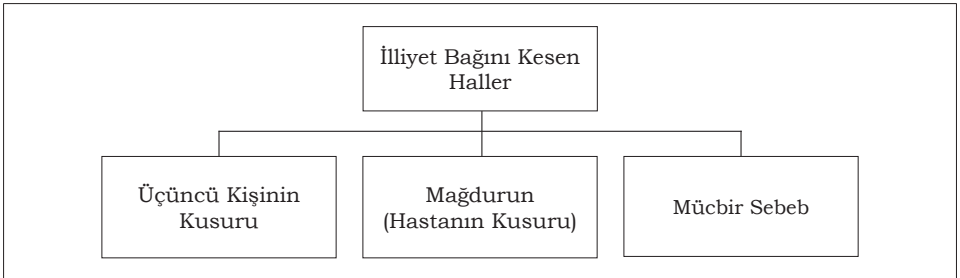
(Davacı,4.5 kilo doğan bebeğinin doğumunda ilgili hekimin kusurlu davranışı sebebiyle çocuğun kolunun felç olması ve sol gözünde kısıklık meydana gelmiştir. İlgili kişilerden maddi ve manevi tazminat talep edilmiştir) (Y. 13.HD. 18.04.2005T, 2004/15960E-2005/6528K)



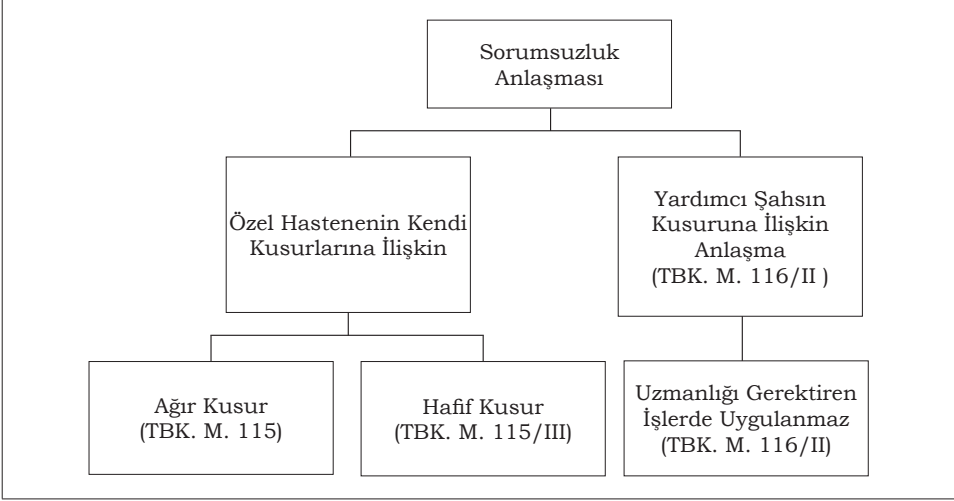
### İLLİYET BAĞI



### İLLİYET BAĞINI KESEN HALLER



## SORUMSUZLUK ANLAŞMASI



### I. Özel Hastenenin Kendi Kusurlarına İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması

Özel hastane ile hasta arasında gerçekleşen teşhis ve tedavi sözleşmesinde hastane, kendi kast veya ağır ihmali için sorumsuzluk anlaşması yapamaz. Çünkü, Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür".

Sözleşmenin tarafı olan kişi kural olarak hafif kusurundan dolayı sözleşmenin karşı tarafı ile sorumsuzluk anlaşması yapabilir. Ancak bu anlaşma Özel Hastaneler söz konusu olduğunda geçerli olmaz. Çünkü, TBK 115/III'de "Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür" şeklinde düzenlenmiştir.

Özel Hastane işletmeciliği meslek itibarıyla, uzmanlığı gerektiren bir uğraş olması ve mesleğin icrası için kanun ya da yetkili makamlar tarafından izin gerekli olmasından dolayı, özel hastane kendi hafif kusurundan dahi sorumludur. (TBK. m.115/III)

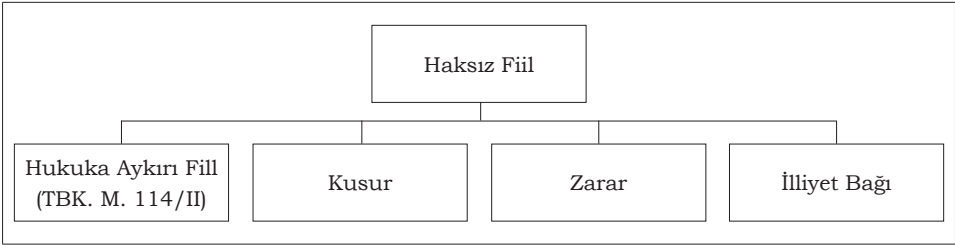
## VEKALETSİZ İŞ GÖRME



Bir kimse başkasının yararına bir işi veya hizmeti yerine getirmesi vekâlet sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Ancak söz konusu kişinin başkası adına iş yapması hep bir lehine iş yapılanın iznini gerektirir. Bu durum bazı durumlarda olmaya bilir. İşte, bir kimse başkasının hukuk alanına kendi yararına müdahale edebileceği gibi iş sahibi lehine de müdahale edebilir. Birincisi, gerçek olmayan ikincisi ise, gerçek vekâletsiz iş görmedir.

Özel hastanede gerçekleştirilen ameliyatlarda ameliyatın genişlemesi durumlarında daha çok görülür.

## HAKSIZ FİLDEN DOĞAN SORUMLULUĞU



Burada özel hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi aranmaz. Hastanenin hukuka aykırı ve kusurlu eylemleri sonucu oluşan zararın tazmini için hastaya belli bir miktar zararı ödemekle yükümlüdür.

Haksız fiilin koşulları sözleşmeye aykırılığın koşullarıyla paralellik arz eder. Burada sadece sözleşmeye uygun hareket etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Diğer koşullar aynıdır. Hukuka aykırılık sözleşmeye aykırılığa tekabül eder. Bundan dolayı burada tekrarlanmayacaktır. Bunların yanı sıra, TBK. m. 114/II gereğince, “haksız fiillere ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır” hükmü gereğince de Borçlar Kanunu’nda düzenlenen kurumlar arasında bağ kurulmuştur.

## ÖZEL HASTANENİN SEBEB SORUMLULUĞU

Adam Çalıştıranın Sorumluluğu

Adam çalıştıranın sorumluluğu gereği TBK. m. 66’da belirtilen durum-

larda, hastane yanında çalışan kişinin yapması gerekenin yapmaması yapması gerekeni ise yapması sonucu dış hekimi ile sözleşme ilişkisi olmayan başkalarına verdiği zarardan sorumludur.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu için pozitif ve negatif şartlar söz konusudur. Pozitif olması gereken şartlar şunlardır:

Yardımcı kişinin fiili hukuka aykırı olmalıdır, söz konusu hukuka aykırı fiilden maddi veya manevi zarar ortaya çıkmalıdır, zarar ile yardımcı kişinin fiili arasında bir uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Yardımcı kişi zararı, hastaneye has işleri gerçekleştirirken vermelidir. Yardımcı kişi, hastaneye karşı talimatlara uymakla yükümlü birisi olmalıdır, buna ek olarak yardımcı kişiyi hastanenin gözetleme yetkisi de bulunmalıdır.

### **HEKİMİN YAPI MALİKİ OLARAK SORUMLULUĞU**

Özel hastane hastalarına karşı tıbbi müdahalelerini değişik ve kısmen tehlikeli aletlerle gerçekleştirir. Örneğin, radyasyon saçan röntgen aletleri, kullanılan araçlar arasında sayılabilirler. Ancak kullanılan bu aletlerin bozuk veya bakımındaki eksiklikler sonucu hastalara verdikleri zarardan özel hastane doğacak zarardan herhangi bir kusuru olmasa da sorumludur.

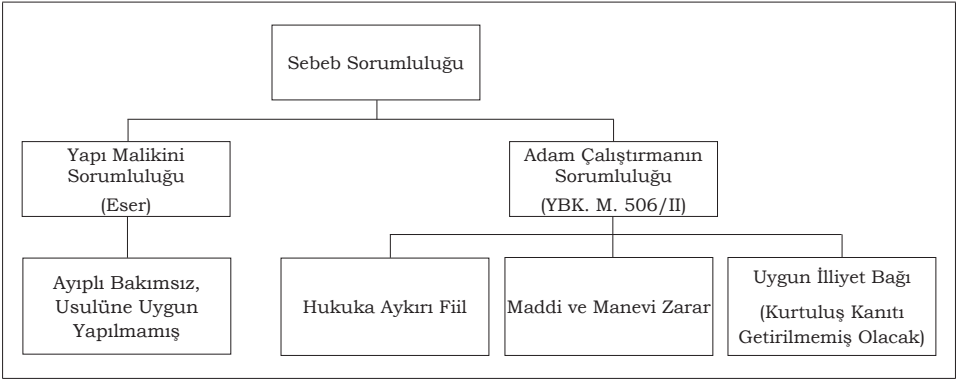
Burada özel hastanenin kusursuz sorumluluğunun sebebi bir şeye malik olmasıdır. Hastanenin sorumlu olabilmesi için, yine pozitif ve negatif şartların olması gerekir.

Hukuka aykırı bir müdahalenin olması, söz konusu müdahale sonucu maddi veya manevi bir zararın gerçekleşmiş olması gerekir. Zararla kullanılan alet arasında uygun bir illiyet bağının olması gerekir. Esere ait şartlar ise, yapının ayıplı olması veya üretilmesi veya gerekli bakımın yapılmamış olması, söz konusu esere sahip olunması gerekir. Buradaki sahip olunmadan Medeni Hukuk anlamında mülkiyet anlaşılır.

Negatif şartlar ise, olayda hukuka uygunluk hallerinin bulunmaması gerekir. Burada eser sahibine kurtuluş kanıtı getirerek sorumluktan kurtulma hakkı tanınmamıştır.

Örneğin, röntgen cihazının radyasyon ayarının bozuk olması dolayısıyla hastanın normalin üzerinde radyasyona maruz kalması, hastanın hastanenin zemininde bulunan kaygan halıyla takılarak düşmesi sonucu kalçasını kırması, Hastanede bulunan muslukların bozuk olması dolayısıyla önce hastaneyi sonra diğer binayı su basması sonucu doğan zarardan hastane sorumludur .

## SEBEP SORUMLULUĞU



(...davaclar ile ...Vakfi hastanesi arasında vekalet sözleşmesi vardır. Davalı hastane BK. M. 55 gereği zarara sebep olan hekimlerden sorumlu olacaktır. (Y. 13. HD, 7.7.2006T, 2006/6143E, 11224K)

Hekim, yanında çalışan yardımcı ekibin fiillerinden BK. M. 55'e dayanarak sorumludur. (Y.4HD., 16.01.2007T, 2005/15490E, 2007/123K)

## HUKUKÎ SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

Özel Hastanenin hastasıyla yaptığı sözleşmeden doğan sorumluluğu, esas itibarıyla belirli bir miktar tazminat ödeme şeklinde ortaya çıkar. Kusurlu olduğuna karar verilen hastane, hastanın hem maddi hem de manevi zararlarını tazmin etmek mecburiyetindedir.

### Maddi Tazminat

Hastanelerin büyük çoğunluğu hastaya maddi tazminat ödemek zorunda kalır. Maddi tazminatın kapsamına, her şeyden önce ilave tedavi için yapılan masraflar gibi fiili zararlar girer. Hastanın kusurlu tedavi yüzünden ödemek zorunda kaldığı tedavi masraflarını, çalışma yeteneğinin kaybından doğan zararları, iktisadi geleceğinin sarsılmasından doğan zararları karşılamak zorundadır.

Kural olarak özel hastaenler, sadece tıbbî teşhis ve tedavi edimi neticesinde doğrudan doğruya zarar gören kişilere tazminat öder. Ancak, hastanın ölümü halinde geride kalan yakınları da "destekten yoksun kalma tazminatı" isteyebilirler (BK. m. 53 /III).

Gerek sözleşme ve gerekse sözleşme dışı sorumlulukta uğranılan zararın gerçek miktarını ispat yükü hastanın üzerindedir (TBK. m.50 /I).

Hastanın özel hastaneye yanlış bilgi verme, teşhis ve tedaviye yönelik talimatlara riayet etmeme, tehlikeli olduğu önceden bildirilen bir müdahaleye razı olma gibi ortak kusuru da nazara alınarak tazminat miktarı indirilebilir (TBK. M. 52).





## KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

- A -

ABD.....	268,271
Acil.....	270
Adam Çalıştiranin Sorumluluğu.....	232
Adli Psikiyatri.....	117
Adli Tıp.....	274
Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu.....	287
Adli Tıp Kurumu.....	275, 279, 283, 285, 286
Adli Tıp Raporu.....	284
Adli Tıp Uzmanı.....	287
Ağır Hizmet Kusuru.....	286
AİHM.....	135, 142, 145
Alçı.....	285
Alman Ferderal Yüksek Mahkemesi.....	276
Alman Hukukunda.....	100
Alternatif Tıbbi Müdahale.....	276
Alt Komitelerde Yetersizlik.....	23
Ameliyat.....	261, 279, 284, 285, 286
Ameliyat Masası.....	269
Ameliyatta.....	268
Anayasa.....	266
Antibiyotik Direnci.....	20
Antibiyotik Kontrol.....	24
Antibiyotik Kontrol Komiteleri.....	19
Anüs.....	53
Arazi Rıza.....	266
Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi.....	266
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	267
Avrupa Konseyi.....	136, 143
Aydınlatılması.....	202
Aydınlatılmış Onam.....	18, 35, 266, 275, 281
Aydınlatılmış Onam Formları.....	270
Aydınlatılmış Onamları.....	28, 31
Aydınlatılmış Rıza.....	268, 269, 276
Aydınlatma.....	261, 264, 269, 275, 289

Aydınlatma (Bilgilendirme) .....	282
Aydınlatmanın Kapsamı .....	269
Aydınlatma Yükümlülüğü.....	266, 267, 268, 274
Azami Dikkat Ve İhtimamı.....	11
Azmettirme .....	93

## - B -

Bakım Servislerine .....	30
Basit Taksir .....	280
Baskı .....	265
Beceri Eksikliği.....	273
Beden Bütünlüğü / Vücut Dokunulmazlığı Hakkı.....	50
Bedensel.....	136, 150
Bedensel Zararları .....	225
Bekaret / Kızlık Muayenesi .....	50
Beklenmeyen Durum.....	273
Bel Fıtuğı.....	284
Belirti.....	86, 87, 91, 95
Bihakkın Sorumluluk .....	45
Bildirim Yükümlülüğü 89, 94, 99, 100, 102	
Bilendirilme.....	284
Bileşik Suç.....	94
Bilgi Beceri Noksanlığı .....	273
Bilgilendirilmesi .....	18
Bilgilendirilmiş Rıza.....	275
Bilinçli Taksir .....	115, 280, 281
Bilirkişi .....	273, 278, 279, 282, 283
Bilirkişi Raporu .....	280, 284, 285, 287
Birincil Sorumluluk Alanı .....	108, 111
Birleşmiş Milletler .....	136, 143
Bir Maliyet Analizinin.....	23
Bir Sağlık Mesleği Mensubu .....	95
Biyotıp .....	266
Buğuseptil .....	68

## - C - / - Ç -

Cebir.....	91
Çekap .....	286
Cerrah .....	99, 261, 264, 271
Cerrahi Manipülasyon.....	282, 287

Ceza .....	281
Ceza Hukuku.....	267
Cezai Sorumluluğu.....	35
Cinsel Sorunu .....	275
CMK.....	142, 143, 146
Çocuk Felci Aşisi.....	274

## - D -

Dahiliye .....	286
Denetlenmelidir.....	18
Derhal.....	89
Destekten Yoksun Kalma Tazminatı.....	162
Devlet Sorumluluğu.....	45
Dezenfeksiyon Ve Sterilizasyon Sorunları.....	24
Dikey İş Paylaşımı.....	107
Dikkat.....	269
Dikkatsiz .....	286
Direnç .....	19
Disiplin Sorumluluğu.....	35
Diş Tabibi.....	83, 85
Diyetisyen.....	85
Diş Genital Sistem.....	53
Doğrudan Kast .....	280
Doğru Ve Yerinde Antibiyotik.....	17
Doktor.....	139, 143, 148, 265
Dolaylı Faillik.....	93
Dünya Tabipler Birliği.....	24, 266, 271, 272, 273
Dünya Tıbbında .....	30
Dura Yırtığı.....	284

## - E -

Ebe .....	83, 85, 179
Eczacı.....	83, 85, 99, 271
Ehliyet .....	260
Ek Maliyet, Uzun Hastanede Yatma Süresi Ve Ölüm Oranlarını Azaltmak.....	20
Eksik İnceleme .....	280
Eksiksiz Ve Isabetli .....	18
El Yıkama.....	18
Enfeksiyon.....	272, 279, 284
Enfeksiyon Hızları.....	19

"Enfeksiyon" İzleme .....	22
Enfeksiyon Komitelerinin .....	24
Enfeksiyon Kontrol Hekimi.....	18
Enfeksiyon Kontrol Programları.....	19
Enfeksiyon Kontrol Programlarının Yokluğu Veya Yetersizliği .....	23
Enfeksiyon Kontrol Talimatlarının Yokluğu Veya Eksikliği .....	24
Enfeksiyon Riski.....	30
Enfeksiyonun Kaynağının .....	31
Enjeksiyon.....	68
Etik Sorumluluğu .....	35
Etkin Madde (Drog) .....	68

## - F -

Fiil Ehliyeti.....	269
Fiili Hata .....	91
Fikri İçtima.....	94
Fizyolojik.....	68

## - G -

Gazli Tampon.....	288
Gebe .....	265
Geç Bildirim .....	89
Gece Nöbeti Tutanlara Ertesi Günü Görev Verilmez.....	42
Genital Muayene Suçu .....	49
Genital Muayeneye Gönderen.....	51
Genital Muayeneyi Yapma.....	52
Genital Sistem.....	52
Gerçek Özgü Suç.....	94
Gereği Gibi .....	157
Gliserin .....	68
Glukoz .....	68
Görevi İhmal Suçu.....	96
Görevi Kötüye Kullanma .....	96
Görevin Kötüye Kullanılması.....	84
Gözalt .....	141, 142, 143, 145, 146, 148, 154
Grafi .....	286
Günümüz Türkiye'sinde Hasta Hakları .....	8
Güven İlkesi.....	105, 106, 111, 114, 115
Güvenlik Tedbiri.....	96

Güvenli Sağlık Hizmeti Alma İsteği ..... 7

- H -

Hakkın İcrası.....	261
Hakların Yarıştığı.....	158
Haksiz Eylem.....	287
Halkla İlişkiler.....	31
Hasta.....	195, 264, 268, 271, 276, 281, 282
Hasta Güvenliği ve Kalite.....	25
Hasta Hakları.....	8, 265
Hasta Hakları Yönetmeliği.....	266
Hastahane.....	279
Hastaların İzolasyonuna.....	31
Hastalığın.....	65, 67
Hastalık Süreci.....	271
Hastane Çalışanlarının.....	18
Hastanede Yapılacak Tamiratlar.....	18
Hastane Enfeksiyonları 9, 12, 13, 14, 16, 28, 30	
Hastane Enfeksiyonları Bilimsel Danışma Kurulu.....	18, 22
Hastane Enfeksiyonları, Hasta Güvenliği.....	29
Hastane Enfeksiyonlarından Ölüm.....	13
Hastane Enfeksiyonlarının Görülme Sıklığının.....	10
Hastane Enfeksiyonundan.....	11
Hastane Fiziki Yapı.....	18
Hastane Giderlerini.....	20
Hastanelerin Fiziki Şartları.....	21
Hastanenin Temizlik.....	18
Hastaneye Kabul Sözleşmeleri.....	191
Hastanın Rızası.....	263
Hastanın veya Yakınlarının.....	18
Hata.....	91, 271
Hatalı Uygulama.....	270
Hayat Hakkı.....	263
Hekim.....	99, 139, 140, 142, 145
147, 148, 151, 154, 261, 263, 268, 270, 271, 272, 277, 279, 281, 283, 289	
Hekim Hatası.....	261, 273
Hekimin Görevinden İstifa Etmesi.....	162
Hekimlere.....	101
Hekimlerin.....	100

Hekim Sorumluluğu .....	35
Hemşire .....	83, 85, 101, 179, 285
Hemşireleri .....	18
Hemşirelikte Malpraktis .....	184
Herkese Suçu Bildirme Yükümlülüğü .....	96
Herni .....	286
Hiç .....	157
Hijyenik .....	11
Hiley .....	265
Histerektomi .....	287
Hizmet Kusuru .....	285
Hukuka Aykırılık .....	158
Hukuka Uygunluk Koşulu .....	35
Hukuka Uygunluk Sebebi .....	91
Hukuki Malpraktis .....	270
Hukuki Sorumluluğu .....	35
Hususi Hastaneler Kanununun .....	194
Hususi Hastaneler Yasası .....	195

- I - / - İ -

İç Genital Sistem .....	53
İdare .....	285, 286
İdari Sorumluluğu .....	35
İhbar .....	88, 89
İhbar Yükümlülüğü .....	84, 86 ,99
İhmal .....	92, 157, 271, 278, 281, 288
İhmali Davranış .....	288
İkincil Sorumluluk Alanı .....	108, 112
İlaç Sahteciliğinin .....	74
İlaç Üreticisi .....	99
İlgilinin Rızası .....	57, 262
İlletiyet Bağı .....	158, 289
İndirim .....	226
İngiliz Hukuku .....	271
İnsan Hakları .....	135, 155, 266
İnsan Onuru .....	53, 265
İrade Özerkliği .....	270
İşkence .....	135, 136, 137, 138, 140, 141, 145, 147, 153, 154
İspat Yükü .....	269

İş Paylaşımı.....	112
İstanbul Protokolü .....	138, 153
İstenmeyen Sonuç .....	273
İştiraki .....	93
İsviçre Federal Mahkemesi .....	268
İzin Verilen Risk .....	272, 281
İzolasyon ve Dezenfeksiyon Tedbirler .....	21
İbbi Kötü Uygulama .....	260
İbbi Uygulama.....	265
İhhiye Memurları.....	99
İstirar.....	289

## - J -

Jenerik İlaçlar .....	67
Juri, Hasta .....	268

## - K -

Kadı .....	264
Kadın Doğum Uzmanı .....	287
Kadı Sicillerin .....	264
Kamuda Çalışan Hekimin Tazminat Sorumluluğu.....	176
Kamu Görevlisi .....	83, 84, 86, 87, 90, 95, 98
Kamu Hastanesinde Görev Yapan Hekim.....	176
Kangren .....	275
Kanıt.....	283
Karmaşıklık.....	271
Kasıt .....	271, 280
Kasten Müessir Fiil.....	261
Kayda Geçirme.....	202
Kaza Ve Tesadüf	277
Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı.....	262
Kendi Geleceğini Tayin Hakkı.....	266
Kendiliğinden Sona Erme.....	161
Kesin İş Bölümü Prensibi.....	111
Kişilik Hakkı .....	262, 265
Klinik Mikrobiyoloji .....	24
Klinik Psikolog .....	85
Kolon Divertikülü.....	286
Kolon Filmi .....	286
Kolon Perforasyonu .....	286

Komplikasyon	12, 32, 259, 261, 265, 269, 270, 271, 273, 275, 278, 282, 284, 285, 286, 287, 288
Kontamine	17
Kontrol Komiteleri	17
Korunmaları	18
Kötü Muamele	135, 137, 139, 143, 153
Kötü Uygulama	270
Kulak	268
Kulak Burun ve Boğaz Uzmanı	287
Kurtuluş Beyyinesi	159
Kurtuluş Kanıtı	232
Kurum Amirinin İzni	36
Kusur	157, 270, 271, 273, 283, 284, 285, 288
Kusur Sorumluluğu	157
Kusursuz Sorumluluk	45, 157
Kusurun Ağırlığı	223

## - L -

Lizbon Bildirgesi	266
-------------------	-----

## - M -

Maddi Desteğini Alan, Bakım Ve Yardımından	162
Maddi Tazminat	163
Majistral İlaç	68
Makat	70
Maliyet, İş Gücü ve Acı Yükler	30
Malpractice	16
Malpraktis	44, 270
Malzeme İle İlgili Maddi Eserleri	160
Manevi Tazminat	165
Medeni Kanun	262
Mesleki Cüret	281
Mesleki Hata	263
Mesleki Kusur	289
Mesleki Uygulama	260
Meslek Kuralları	270
Meslek Kusuru	271
Meslek Özgürlüğü	263
Meslekten Yasaklanma	96
Meslek ve Sanatta Acemilik	271



Meşru.....	245
Meşru Amaç.....	261
Mikro Organizmaların Direnci .....	20
Modeli.....	45
Mohr ve William Olayı.....	268
Morbidite .....	16
Mortaliteyi .....	16
Muayene.....	138, 140, 143, 144, 146, 147, 154
Müessir Fiil.....	276
Müstahzar .....	68
Müşterek Faillik .....	93
Muvafakat .....	265

## - N -

Nedensellik Bağı.....	86
Nikotin .....	69
Nizamnamen .....	246
Nöbetçi Doktor.....	285

## - O - / - Ö -

Ofisinal İlaç .....	68
Olası Kast .....	280
Olası Kastla 58, 90	
Ölüm.....	149, 151
Olumlu veya Olumsuz Bir Davranışının .....	158
Onam.....	263, 265, 281
Öngörülebilir .....	273
Öngörülebilir .....	277, 278, 281
Öngörülebilirlik .....	280
Öngörülemeyen .....	272, 273
Öngörülme.....	277
Önlemler .....	30
Önlenebilir.....	278, 281
Önlenme .....	277
Ön Şartı .....	91
Orantılılık Koşulu .....	101
Organizasyon Eksikliği .....	109
Organizasyon Hataları.....	109
Örnek Olay 1 .....	185
Örnek Olay 2 .....	186

Örnek Olay 3 .....	186
Örnek Olay 4 .....	187
Örnek Olay 5 .....	188
Osmanlı Dönemi .....	264
Otonomi .....	246
Özel Hastanede Çalışan Hekim .....	176
Özel Hastanede Çalışan Hekimin Tazminat Sorumluluğu .....	176
Özel Hastaneler Tüzüğü .....	195
Özel Hastaneler Yönetmeliğinde .....	195
Özel Hukuk .....	267
Özen 202, 272, 282, 284, 285, 286	
Özen Borcuna Aykırılık .....	279
Özeni .....	286
Özen ve Dikkati .....	112
Özen Yükümlülüğü .....	114, 115
Özerklığı .....	265
Özgü Bir Suç .....	93

## - P -

Parafın .....	68
Parametre .....	19
Patentlidir .....	67
Patojenlerin .....	30
Patoloji .....	286
Penis Protez .....	275
Perforasyon .....	286
Personelin Eğitimsizliği ve Yetersizliği .....	23
Pratikte .....	30
Psikiyatri .....	286
Psikoterapistlerin .....	100

## - R -

Radyolojik Tetkik .....	286
Rehabilitasyon .....	85
Rektum .....	286
Re'sen Takip Edilen .....	61
Risk .....	265, 269, 273
Riskler .....	16
Rıza .....	261, 263, 267, 268, 278, 289
Rıza Beyanı .....	265

Rıza Senedi .....	264
Rızasının .....	202
Roma- İtalya Hukuku .....	101
Röntgen .....	286
Röntgen Uzmanı.....	85
Ruhsal .....	136, 154

- S - / - Ş -

Sadakat.....	202
Sağlık .....	83
Sağlık Bakanlığı.....	22
Sağlık Çalışanları İle Hasta ve Hasta Yakınlarının Yetersiz Eğitimi.....	24
Sağlık Hakkı.....	263
Sağlık Hizmeti.....	260, 288
Sağlık Hukuku.....	221
Sağlıklı Yaşama Hakkı.....	262
Sağlık Mesleği Mensubu.....	83, 85, 86, 87, 90, 100, 273, 288
Sağlık Mesleği Mensupları .....	83, 86, 92, 93, 101, 102, 259
Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme.....	101
Sağlık Meslekleri .....	180
Sağlık Meslek Mensubu.....	84
Sağlıkta Güvenlik ve Kalite.....	20
Şahsiyet Hakkı .....	268
Sahte İlaç .....	65, 66, 71, 80
Sahte İlaçların.....	65, 72, 80
Sakat .....	286
Salgın .....	8
Salgın Hastalıklar .....	100
Şarttır .....	162
Savunma Hakkı.....	92
Seçimlik Hareketli.....	88
Self Determination .....	267
Semptomlarının.....	65, 67
Serbest Çalışan Hekimin Tazminat Sorumluluğu .....	175
Şerik .....	93
Şikayet .....	87
Şikayetleri .....	88
Sindirim Kanalı .....	68
Sır Saklama .....	202

Sır Saklama Yükümlülüğü .....	83, 100
Sorumluluk .....	277
Sorumluluk Alanı .....	112
Sözleşme .....	289
Sözleşme Dışı Sorumluluğu .....	158
Sözleşmenin Varlığı .....	157
Sözleşmesel Sorumluluk .....	157
Sözlü Muvafakati .....	264
Standart .....	271, 272
Sterilizasyon .....	16
Sterilizasyon ve Dezenfeksiyon .....	17
Stratejik Bir Mücadele Planının .....	23
Subjektif .....	269
Suçü Bildirmeme .....	91, 97
Suçü Bildirme Yükümlülüğü .....	96
Sürveyans .....	17
Sürveyans Sistemi .....	16, 19, 31
Sürveyans Uygulamalarındaki Eksiklikler .....	23
Susma Yükümlülüğü .....	83, 100

- T -

Tababet Uzmanlık Yönetmeliği'nde .....	21
Tabii Belirti .....	87
Tabip .....	83, 85
Tablet .....	70
Taksir .....	272, 273, 280, 281
Tali Bir Hastalıktır .....	30
Tanıklıktan Çekinme .....	92
Tanıklıktan Çekinme Hakkı .....	92
Tanı Kusuru .....	287
Tanısı Acilen Konulmalı .....	17
Taşıyıcı (Sivağ) .....	68
Tazminat .....	266, 276, 281, 286
Tazminat Hukuku .....	278
Tazminat Sorumluluğu .....	221, 275
TCK .....	136
Tedavi .....	18, 102, 265, 268, 269, 271, 276, 279, 284
Tedavi Giderleri .....	225
Tedavinin Her Aşamasında .....	10

Tedavisi.....	20
Tedavi Yöntemi .....	287
Tedbir .....	281, 289
Tedbirsiz .....	286
Tedbirsizlik .....	278
Tehdit .....	91, 265
Tek Başına Üstlenebilme .....	44
Teşebbüs .....	92
Teşhis .....	270, 279, 284
Tetkik .....	286
Tıbbi Aletler.....	271
Tıbbi Bilirkişi.....	273
Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi .....	266
Tıbbi Deontoloji Tüzüğü .....	11
Tıbbi Hata .....	271
Tıbbi Hata Davaları .....	278
Tıbbi Malpractice.....	12
Tıbbi Malpraktis.....	259, 270, 281, 287
Tıbbi Malpraktis Komplikasyon .....	276
Tıbbi Müdahale .....	35, 245
259, 263, 266, 267, 268, 269, 271, 272, 276, 278, 280, 281, 285, 287, 289	
Tıbbi Özen Yükümü.....	273
Tıbbi Personel ve Refakatçiler.....	30
Tıbbi Uygulama.....	272, 273
Tıbbi Uygulama Hataları .....	32, 271
Tıbbi Yardım ve El Atmalar.....	259
Tıbbi Yönetim .....	271
Tıp Bilimi.....	270
Tıp Kuralları.....	261
Tıpta Yanlış Uygulama .....	271
Türk Medeni Kanunu.....	266
Tutuklu .....	143, 145, 153

- U - / - Ü -

Ulusal Hastane Enfeksiyonları Sürveyans Sistemi.....	19
Uluslararası Bildirgeler .....	282
Umulmayan Hal .....	273
Üniversite .....	288
Üroloji.....	283

Uygulama.....	259
Üzerinde Mutlak Surette Serbestçe Tasarrufta Bulunabileceği Bir Hakka .....	57
Uzman.....	282
Uzmanlık Öğrencileri .....	40
Uzman Nezareti .....	43

## - V -

Vekalet .....	279
Vekalet Sözleşmesi.....	160, 271, 278
Vekil.....	279
Vekilin Özen Yükümlülüğü.....	278
Veli.....	263
Veri Analizi ve Geri Bildirimlerde .....	23
Vücut .....	285
Vücut Bütünlüğü.....	262, 263, 268

## - Y -

Yakın .....	90
Yan Etki.....	283
Yani Tedavide Erken Davranmamak) .....	14
Yapı Sorunları .....	24
Yardım Etme .....	93
Yargıtay.....	139, 263, 275
Yargıtay Ceza Genel Kurulu.....	277
Yasal Zeminin .....	31
Yaşama Hakkı.....	262
Yataklı Tedavi Kurumları Enfeksiyon Yönetmeliği .....	22
Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinde .....	21
Yatay İş Paylaşımı.....	107
Yatış Süresini Uzatmaktadır.....	20
Yetki .....	260
Yetkili Makamlar.....	88
Yoğun Bakım Tedavi Hizmetleri Yönetmeliği .....	23
Yoğun Bakım Yönetmeliğinde .....	31
Yüksek Risk.....	47
Yüksek Sağlık Şurası .....	279, 284, 286

**- Z -**

<i>Zamanaşımı</i> .....	233
<i>Zarar</i> .....	157, 158
<i>Zarar Görenin Yakınları</i> .....	228
<i>Zararın Yansıması ve Yansıma Yoluyla Manevi Tazminat İstemi</i> .....	166
<i>Zaruret Hali</i> .....	101
<i>Zincirleme Suç</i> .....	58, 94
<i>Zührevi Hastalıkların</i> .....	100

