

Tıbbî müdahale dolayısıyla ceza sorumluluğu: Cezai sorumluluk

Prof. Dr. İzzet Özgenç



1960 yılında Trabzon'un Araklı İlçesi Tosunlu Köyü'nde doğmuştur. 1982 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in asistanlığını yapmıştır. Yeni Ceza Kanunu'nun mimarlarından. Mart 2007'de YÖK üyesi seçilmiştir. 2008-2009 yılları arasında YÖK Başkanvekilliği yapmıştır. Halen Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı öğretim üyesidir.

Hukuka uygunluğa ilişkin kriterleri anlattığımız bir önceki yazımızın tamamlayıcısı olarak bu yazımızda, hukuka aykırı müdahale nedeniyle cezai sorumluluğun esaslarını ortaya koymaya çalışacağız.

I. Rızası olmaksızın kişiye tıbbî müdahalede bulunulması dolayısıyla cezai sorumluluk

Yukarıda da açıkladığımız gibi, teşhis ve tedavi amacıyla yapılan bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun olabilmesi

için, kural olarak, kişinin buna rıza göstermesi gerekir. Kanunla belirlenen istisnalar haricinde, kişinin rıza göstermemesine rağmen gerçekleştirilen tıbbî müdahale, teşhis ve tedavi amacıyla yönelik olsa bile, hukuka aykırıdır. Rızaya dayalı olmamasına rağmen bulunan tıbbî müdahale, tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmiş olabilir. Hatta, rızası alınmaksızın gerçekleştirilen tıbbî müdahale sonucunda kişinin sağlığı iyileşmiş olabilir. Teşhis ve tedavi amacıyla yönelik olarak ve fakat kişinin rıza göstermemesine rağmen gerçekleştirilen tıbbî müdahale, sonucunda kişinin sağlığı iyileşmiş olsa bile, hukuka aykırıdır¹.

Bir görüş, rıza olmaksızın gerçekleştirilen tıbbî müdahalenin, sonucunda kişinin sağlığının iyileşmiş olup olmadığına bakılmaksızın, kasten yaralama suçunu oluşturduğunu kabul etmektedir². Kanımızca, teşhis ve tedavi amacıyla ve tıp biliminin verilerine uygun olarak bulunan tıbbî müdahale, sadece kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilmiş olduğu için kasten yaralama suçunun oluşumuna sebebiyet vermez³. Sadece kişinin rızası olmadan gerçekleştirildiği için hukuka aykırı olan tıbbî müdahalenin kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Esasen hukuka aykırı olan bu tür tıbbî müdahalelerle ilgili olarak sağlık mevzuatında





özel **suç** tanımlarına yer verilmelidir⁴. Nitekim, 1219 s. Kanununun 70. maddesinde, rızası alınmaksızın kişiye tıbbî müdahalede bulunulması, kasten yaralama suçu dışında müstakil bir yaptırma bağlanmıştır: “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvele-mirde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlerden alakadarın şikayetine bağlı olmak şartıyla on liradan iki yüz lira-ya kadar hafif cezai nakdi alınır.*”

Dikkat edilmelidir ki, yeni TCK'nın yürürlük ve uygulama şekline ilişkin 4.11.2004 t. ve 5252 s. Kanununun 7. maddesinde yapılan düzenleme karşısında, 1219 s. Kanununun 70. maddesindeki yaptırımın niteliği değişmiştir. Söz konusu maddede-ki “*hafif para cezası*” (“*hafif cezai nakdi*”), **idari para cezasına** dönüştürülmüştür (5252 s. Kanun, m. 7, f. 1)⁵. Ancak, işaret etmek gerekir ki, bu “*idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkilil*” kılınmıştır (5252 s. Kanun, m. 7, f. 4). 1219 s. Kanununun 70. maddesinde 765 sayılı mülga TCK'na göre “*kabahat türünden bir suç*” tanımı söz konusu iken; 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra **kabahat**ler suç olmaktan çıkarılarak **ayrı bir haksızlık türüne** dönüştürülmüştür (30.3.2005 t. ve 5326 s. Kabahatler Kanunu, m. 2)⁶. Bu düzenlemeler karşısında, teşhis ve tedavi amacıyla ve tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmiş olmakla birlikte, kişiye rızası alınmaksızın tıbbî müdahalede bulunulması, suç değil, **kabahat** oluşturmaktadır. Kanımızca, 1219 s. Kanununun 70. maddesinde değişiklik yapılarak; teşhis ve tedavi amacıyla ve tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmiş olmakla birlikte, kişiye rızası alınmaksızın tıbbî müdahalede bulunulması, **suç** olarak tanımlanmalıdır.

Burada akla şu soru gelebilir: Teşhis ve tedavi amacıyla ve tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmiş olmakla birlikte, rızası alınmaksızın tıbbî müdahalede bulunulduktan sonra, örneğin komplikasyon sebebiyle kişi öldüğünde, bu tıbbî müdahaleyi gerçekleştiren tabibin ceza hukuku sorumluluğunda bir değişiklik söz konusu olabilir mi? Aşağıda da açıklayacağımız üzere, komplikasyon sebebiyle ölümün gerçekleştiği hallerde, kişiye tıp biliminin verilerine uygun bir müdahalede bulunulur; ancak tabibin, mesleğinin gerekli kıldığı dikkat ve özen yükümlülüğünün gereklerine uygun davranmasına rağmen, hasta ölür. Bu gibi durumlarda, yani münhasıran komplikasyon sebebiyle gerçekleşen

ölümden dolayı, hekimin ceza hukuku bakımından sorumluluğu cihetine gidilemez. Kanımızca, komplikasyon nedeniyle ölümle sonuçlanan tıbbî müdahaleyi gerçekleştiren tabip hakkında, müdahalenin rızaya dayalı olmaması dolayısıyla, sadece 1219 s. Kanununun 70. maddesine istinaden yaptırım uygulamak mümkün olabilir. Rızaya dayalı olmaksızın gerçekleştirilen tıbbî müdahale sonucunda komplikasyon nedeniyle hastanın sağlık durumunun daha fazla kötüleşmesi halinde de bu değirlendirmemiz çerçevesinde düşünmek gerekir.

II. Tıbbî müdahalenin yetkisiz kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde cezaî sorumluluk

Yukarıda da açıkladığımız gibi, bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, bunun **tabiplik mesleğini icra etmek hususunda yetkiyle donatılan kişi** tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu durumda iki ihtimalle karşılaşılabilir. Birinci ihtimal, tabip olmayan bir kişinin ancak tabip tarafından gerçekleştirilebilecek tıbbî müdahalede bulunmasıdır. Tabip olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen bu tıbbî müdahale, sonuçta kişi şifa bulmuş olsa bile, 1219 s. Kanununun 25. maddesinde tanımlanan suç oluşturur⁷. Buna karşılık, tabip olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen tıbbî müdahale sonucunda kişinin sağlık durumunun daha fazla kötüleşmesi veya ölmesi halinde, meydana gelen neticeye göre, Türk Ceza Kanununun yaralama veya öldürme suçuna ilişkin hükümlerine göre ceza sorumluluğu cihetine gidilecektir. Bu durumda farklı neviden fikri içtima hükümlerinin (TCK, m. 44) uygulanacağını göz önünde bulundurmak gerekir. Başka bir deyişle, bu durumda, fail hakkında sadece daha ağır cezayı gerektiren TCK'daki suç tanımlarına istinaden cezaya hükmetmek gerekir; ayrıca 1219 s. Kanununun 25. maddesine istinaden cezaya hükmetmemek gerekir^{8,9}. Tabip olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen tıbbî müdahale sonucunda hastanın sağlık durumunun daha fazla kötüleşmesi veya ölmesi halinde, failin Türk Ceza Kanununun yaralama veya öldürme suçuna ilişkin hükümlerine istinaden manevi unsur bakımından ne suretle sorumlu tutulacağı hususu tartışılmıştır. Yargıtay, tabip olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen tıbbî müdahale sonucunda kişinin sağlık durumunun daha fazla kötüleşmesi halinde, meydana gelen netice bakımından Türk Ceza Kanununun *taksirle yaralama suçuna* ilişkin hükümlerine göre ceza sorumluluğu cihetine gidilmesi gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur¹⁰.

Hakeri ise, tabip olmayan kişinin tıbbî müdahalede bulunmasıyla kasten yaralama suçunu işlediğini kabul etmektedir. Yazara göre, bu tıbbî müdahale sonucunda, kişinin sağlığının daha da kötüleşmesi veya ölmesi halinde, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali söz konusu olmaktadır¹¹. Kanımızca, tabip olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen tıbbî müdahale sonucunda hastanın sağlık durumunun daha fazla kötüleşmesi veya ölmesi halinde, failin bilinçli taksirle veya olası kastla yaralama veya öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekir. Meydana gelen netice bakımından failin bilinçli taksirle mi yoksa olası kastla mı hareket ettiğini her somut olayın şartlarına göre belirlemek gerekir. Bu itibarla, Yargıtay'ın yukarıda sözü edilen (CGK, 13.2.1995, 7-370/12) kararına konu teşkil eden olayda, kanımızca *bilinçli taksirle işlenmiş yaralama suçu* söz konusudur. *Hakeri*'nin görüşüne de işiterek edemiyoruz. Çünkü Yazarın görüşüne göre, tabip olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen tıbbî müdahale sonucunda hastanın sağlık durumu iyileşmiş olsa bile, failin kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekmektedir. Halbuki, 1219 s. Kanununun 25. maddesinde bu durumlara özgü özel bir suç tanımına yer verilmiştir. İşaret etmemiz gerekir ki, bütün bu açıklamalarımız, ancak tabip tarafından gerçekleştirilebilecek bir tıbbî müdahalenin ebe veya hemşire gibi diğer bir sağlık görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi halinde ceza sorumluluğu bakımından da geçerlidir¹². Keza, ebe veya hemşire gibi sağlık görevlileri tarafından gerçekleştirilebilecek tıbbî müdahalelerin, yetkili olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilmesi halinde de, yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda failin ceza sorumluluğu cihetine gitmek gerekir¹³.

İkinci ihtimalde ise, uzmanlığı gerektiren bir tıbbî müdahalenin, **uzmanı** olmayan **tabip** tarafından gerçekleştirilmesi söz konusudur. Yukarıda da belirtildiği gibi, uzmanlığı gerektiren ve fakat uzman tabip tarafından gerçekleştirilmeyen bir tıbbî müdahale, sonuçta kişi şifa bulmuş olsa bile, **hukuka uygun değildir**¹⁴. Ancak, bu durumda ceza sorumluluğu cihetine gidilemez. Şayet kişi şifa bulmuş ise, uzmanlığı gerektiren bir tıbbî müdahalenin uzmanı olmayan tabip tarafından gerçekleştirilmesi, sadece **disiplin hukuku** bağlamında değerlendirilmesi gereken bir sorun olarak karşımıza çıkar. Buna karşılık, uzmanlığı gerektiren bir tıbbî müdahalenin uzmanı olmayan tabip tarafından gerçekleştirilmesi sonucunda kişinin sağlık durumunun daha fazla kötüleşmesi veya ölmesi halinde, bunun ceza sorumluluğunu gerektireceği muhakkaktır. Bu durumda, meydana gelen neticeye göre, yaralama veya öldürme suçundan dolayı sorumluluk söz

konusu olacaktır. Ancak, suçun kasten mi yoksa taksirle mi işlendiğini kabul etmek gerekir sorusuna önceden cevap vermek imkanı bulunmamaktadır. Somut olayın şartları göz önünde bulundurulmak suretiyle, uzmanı olmayan tabibin yaralama veya öldürme suçundan kast veya taksirine göre sorumluluğu cihetine gitmek gerekir¹⁵. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, somut olayda **zorunluluk hali**ne ilişkin şartlar bulunduğu takdirde, bir tıbbî müdahalenin yetkili olmayan bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi, ceza sorumluluğunu gerektirmemektedir. Çünkü, TCK'da zorunluluk hali, **kusurluluğu kaldıran** bir **sebeup** olarak kabul edilmiştir (m. 25, f. 2).

III. Teşhis ve tedavi amacıyla yapılmayan tıbbî müdahale dolayısıyla cezaî sorumluluk

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kişi üzerinde gerçekleştirilen tıbbî müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, bunun **teşhis ve tedavi amacıyla** yapılması gerekir. Bu itibarla, bir hastalığın teşhisi ve tedavisi amacı taşımayan bir tıbbî müdahale, hukuka uygun değildir. Bu bakımdan, rızası olsa bile, TCK'nın 90. maddesinde belirlenen diğer şartlara aykırı olarak kişi üzerinde **bilimsel deney** yapılması halinde, bu maddede tanımlanan suç oluşacaktır. Keza, 2238 s. *Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunda* belirlenen şartlara aykırı olarak **kişilerden organ veya doku alınması**na yönelik tıbbî müdahalede bulunulması halinde, TCK'nın 91. maddesinde tanımlanan suç oluşacaktır.

2827 s. *Nüfus Plânlaması Hakkında Kanunda* yer alan hükümler ile TCK'nın 99. maddesi hükümleri göz önünde bulundurulmaksızın **kürtaj** yapılması, TCK'nın söz konusu maddesinde tanımlanan **"çocuk düşürme" suçunun** oluşumuna sebebiyet verecektir¹⁶. Aynı şekilde, 2827 s. Kanun ile TCK'nın 101. maddesi hükümleri göz önünde bulundurulmaksızın **kısırlaştırma (sterilizasyon)** amacına yönelik tıbbî müdahalede bulunulması, TCK'nın söz konusu maddesinde tanımlanan **"kısırlaştırma" suçunun** oluşturur.

IV. Tıp biliminin verilerine aykırı olarak gerçekleştirilen tıbbî müdahale dolayısıyla cezaî sorumluluk

Yukarıda da açıklandığı üzere, bir **tıbbî müdahalenin** hukuka uygun kabul edilebilmesi için, **tıp biliminin verilerine uygun** olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Tıp biliminin verilerine uygun olmayan bir müdahale, tedavi amacıyla ve kişinin rızasıyla gerçekleştirilmiş olsa bile, hukuka aykırıdır. Tıp biliminin verilerine uygun olmayan tıbbî müdahale, genellikle **taksirle** dayalı olarak ceza sorumluluğunu gerektirir¹⁷. Gerekli dikkat ve özen gösterilmeyerek, örneğin tıbbî

müdahale sırasında hijyen kurallarına riayet edilmemesi sonucunda, steril hale getirilmemiş aletlerle yapılan ameliyatta hastanın enfeksiyon kapması halinde, meydana gelen sonuca göre taksirle yaralamaya veya taksirle ölüme sebebiyet vermektendir dolayı cezaî sorumluluğu söz konusu olacaktır^{18,19}. Kalçadan yapılan enjeksiyonun tekniğine uygun yapılmaması sonucunda hastanın bacağında sakatlık oluşması halinde, taksirle yaralamaya sebebiyet vermektendir dolayı cezaî sorumluluğu söz konusu olacaktır²⁰. Gerekli dikkat ve özen gösterilmeyerek, tıbbî müdahalenin, sağlık bakımından problemlili olan organ üzerinde değil de, sağlık bakımından sorunlu olmayan başka bir organ üzerinde gerçekleştirildiği olaylara tanık olunabilmektedir²¹. Keza, bir ameliyat sırasında, gerekli dikkat ve özen gösterilmeyerek, tüplerin karıştırılması sonucunda, hastaya oksijen gazı yerine karbondioksit gazı verilir. Karbondioksit gazından zehirlenen hasta ölür²². Bazı olaylarda, ameliyatı gerçekleştiren tabibin, kendi görev alanına giren bir işi, uzmanlığı olmayan ve görev alanına girmeyen bir başkasına örneğin hemşireye yaptırdığına tanık olunmaktadır. Bu gibi durumlarda, istenmeyen bir sonuç ortaya çıkmadığı sürece, bir hukuki sorun da ortaya çıkmamaktadır. Ancak, istenmeyen bir sonucun ortaya çıkması halinde, kimin ne suretle sorumlu tutulması gerektiği, bir hukuki sorun oluşturmaktadır²³. Ayrıca işaret etmek gerekir ki, uygulanacak olan tıbbî müdahale yönteminin belirlenmesinde, kişinin hayatı veya sağlığına yönelik **rizikonun artırılması yasağı** göz ardı edilmiş olabilir. Örneğin sonuçları bakımından daha az riskli olan tıbbî müdahale yöntemi mevcut iken, daha fazla riskli olan diğer bir tıbbî müdahale yöntemi tercih edilmiş olabilir. Buna rağmen risk gerçekleşmediği takdirde ceza hukukunu ilgilendiren bir durum söz konusu değildir. Buna karşılık, riskin gerçekleşmesi halinde ise, ceza hukukunu ilgilendiren bir durum söz konusu olmaktadır. Bir olayda hasta, tedavisi için daha az riskli olan ilaç varken, risk oranı yüksek olan ilacın kullanılması sonucunda ölür. Bu olayda, risk oranı düşük olan ilacın fiyatının yüksekliği karşısında, ilgili sosyal güvenlik kuruluşuna daha az külfet yüklenmesi saiki, tabibi risk oranı yüksek olan ilacı kullanmaya sevkeder. Sadece Devletin tazminat sorumluluğu bakımından yargıya intikal eden bu olayda²⁴ kanımızca ceza hukuku sorumluluğunu da gerektiren bir durum söz konusudur. Kanımızca, bu olayda risk oranı yüksek olan ilacın kullanılması sonucunda hastanın hayatını kaybetmiş olması karşısında, tabibin **bilinçli taksirle ölüme sebep olmaktan** dolayı (TCK, m. 85; m. 22, f. 2) ceza sorumluluğu cihetine gitmek gerekirdi.

V. Tıbbî müdahale dolayısıyla ceza sorumluluğu bakımından Yüksek Sağlık Şurasından görüş istenmesi

1219 s. Kanunun 75. maddesinde, tıbbî müdahale dolayısıyla ceza sorumluluğu bakımından ortaya çıkan sorunlarla ilgili olarak **Yüksek Sağlık Şurasının** görüşünün alınması gerektiği hususunda hüküm bulunmaktadır: "*Tababet ve şubaları sanatlarının icrasından mütevellit ceraimde mahkemelerin muvafık göcekleri muhtebirin rey ve mütalaasına müracaat hakkındaki serbestleri baki kalmak şartıyla meclisi alii sıhhihinin mütalaası istifsar edilir.*" Ancak bu hüküm, mahkemenin ayrıca başka bir bilirkişi görevlendirme ve mütalasını alma yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. İster Yüksek Sağlık Şurası olsun, ister Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi olsun, ister mahkemece görevlendirilen başka bir bilirkişi olsun, tıbbî müdahale dolayısıyla ceza sorumluluğu bakımından ortaya çıkan sorunlarla ilgili olarak **sadece teknik ve uzmanlığı gerektiren hususlarda** açıklama yapmakla yükümlüdürler.

Bu itibarla, görevlendirilen bilirkişi, raporunda somut olayda tıp biliminin gereklerine aykırı bir uygulama gerçekleştirilmiş ise, bunun neden ibaret olduğunu ayrıntılı bir şekilde açıklayacaktır. Somut olayda, bir tıbbî müdahale, yapılması gerekenden başka suretle gerçekleştirilmiş olabilir. Keza, somut olayda, belirli bir müdahalenin, tıp biliminin gereklerine aykırı olarak yapılması da söz konusu olabilir. Ameliyat gibi birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilen tıbbî müdahalelerde tıp biliminin gereklerine aykırı bir uygulama gerçekleştirilmişse, bu nedenle müdahaleyi gerçekleştiren sağlık görevlilerinden kimin sorumlu tutulabileceği hususlarının, düzenlenecek raporda açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Buna karşılık, düzenlenen **bilirkişi raporunda kusurlulukla ilgili olarak herhangi bir değerlendirilmeye yer verilmemelidir**. İşaret etmek gerekir ki, 765 s. mülga TCK düzenlemeleri, çağdaş ceza hukukunun kabul etmediği bir sistem olarak, kusurluluğun sekiz üzerinden oranlara bölünmesini ve taksirle ölüme veya yaralamaya sebebiyet veren kişiler arasında toplamı 8/8 olacak şekilde kusurun oransal olarak taksimini esas almaktaydı. 765 s. mülga TCK'nın bu düzenlemeleri (m. 455, 459), örneğin kaza mahallindeki yol durumunun ve hatta kazaya neden olan eşeğin bile sekiz üzerinden taksim edilen bir oranda "kusurlu" olabileceği şeklindeki çağ dışı bir anlayışın ürünüydü. 1 Haziran 2005 tarihinde 765 s. TCK'nın yürürlükten kaldırılması ile birlikte yürürlüğe giren yeni 5237 sayılı TCK'nın sisteminde ise ancak **gerçek kişilere özgü** ve

münhasıran hakim tarafından yapılabilecek değerlendirmeyi gerekli kılan bir **hukuki olgu** olarak kabul edilmiş olan kusurluluğun matematiksel oranlar şeklinde ifadesinden sarfınazar edilmiştir. Yeni TCK'nın kusurluluğa ilişkin (örneğin 30 ve 31.) maddeleri gerekçeleri ile birlikte göz önünde bulundurulduğunda, kusurluluğun **ancak hakim tarafından yapılabilecek değerlendirme** ile tespit edilebilecek ve gerçek kişilere özgü bir **hukuki fenomen** olduğu anlaşılacaktır.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 67. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "**Bilirkişi raporunda, hâkim tarafından yapılması gereken hukukî değerlendirmelerde bulunulamaz.**" Bu itibarla, Türk Ceza Hukukuna ilişkin yeni mevzuatımız karşısında bir olayda kusurluluğun bilirkişi marifetiyle tespitine hukuken cevaz verilmiştir. Bilirkişi raporunda münhasıran "**çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâller**"le sınırlı açıklamaya yer verilmelidir (5271 s. Kanun, m. 63, f. 1). Ancak buna rağmen, eski alışkanlıkların devamı olarak mahkemeler tarafından görevlendirilen bilirkişilerden "**sanığın kusurlu olup olmadığının**" veya birden fazla sanık mevcut ise her birinin "**kusur oranlarının belirlenmesi**" istenilmektedir²⁵. Yukarıda da açıkladığımız gibi, yürürlükten kaldırılmış olan bir kanuna istinaden artık geçerliliği olmayan bir usulle kusur "tespit" i yapılmasının, yani kusurluluğun matematiksel olarak 8/8 üzerinden oranlar halinde bilirkişi marifetiyle "tespit"inin, Türk Ceza Hukukuna ilişkin yeni mevzuatımız karşısında hiçbir değeri bulunmamaktadır.

Keza işaret etmek gerekir ki, kişinin davranışı ile meydana gelen netice arasında sebep – sonuç ilişkisinin varlığı ile kusurluluk aynı şey değildir. Buna rağmen, uygulamada bazı olaylarda yapılan yanlış tıbbî müdahale ile meydana gelen ölüm neticesi arasında illiyet bağının varlığına rağmen, müdahaleyi gerçekleştiren kişinin ceza sorumluluğundan kurtarılmasına yönelik olarak oluşturulan gerekçede nedensellik bağının bulunmadığı ileri sürülmektedir.

Ayrıca belirtilmek gerekir ki, bazı olaylarda yapılan tıbbî müdahale ile ölüm neticesi arasında sebep – sonuç ilişkisinin (illiyet bağının) varlığına rağmen, meydana gelen neticeden dolayı herhangi bir kişiyi ceza hukuku bakımından sorumlu tutmak mümkün olmaz. Mahkemeler, tıbbî müdahale dolayısıyla cezai sorumluluk ile ilgili olarak açılan kamu davasında, yapılan tıbbî müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek amacıyla bilirkişiye başvurmakla yükümlüdür. Ancak, yukarıda da

belirtildiği gibi, görevlendirilen bilirkişi, tıbbî müdahale dolayısıyla ceza sorumluluğu bakımından ortaya çıkan sorunla ilgili olarak **sadece teknik ve uzmanlığı gerektiren hususlarda** açıklama yapmakla yükümlüdür. Görevlendirilen bilirkişi, raporunda somut olayda tıp biliminin gereklerine aykırı bir uygulama gerçekleştirilmiş ise, bunun neden ibaret olduğunu ayrıntılı bir şekilde açıklayacaktır. Somut olayda, bir tıbbî müdahale, yapılması gereken başka suretle gerçekleştirilmiş olabilir. Keza, somut olayda, tıp biliminin gereklerine aykırı olarak, belirli bir müdahalenin yapılmaması da söz konusu olabilir. Bilirkişi tarafından düzenlenecek raporda bu hususların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Ameliyat gibi birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilen tıbbî müdahalelerde tıp biliminin gereklerine aykırı bir uygulama gerçekleştirilmişse, bu uygulama nedeniyle müdahaleyi gerçekleştiren sağlık görevlilerinden kimin sorumlu tutulabileceği hususlarının da, düzenlenecek raporda açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

VI. Tıbbî müdahalede bulunmama (ihmal) nedeniyle cezaî sorumluluk

1. Sağlık mesleği mensubu kişilerin teşhis ve tedavi amacıyla önlerine gelen hastaya gerekli tıbbî müdahalede bulunmaması sonucunda kişinin sağlık durumunun daha fazla kötüleşmesi veya ölmesi halinde, ceza sorumluluğunun tayini bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda meydana gelen ölüm ve sair ağır netice bakımından taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçlarının oluştuğunu kabul etmek gerektiği düşüncesindeyiz²⁶. Nitekim Yargıtay, gözüne çivi batmış olması dolayısıyla önüne gelen hastanın gözündeki çiviyi röntgen çekmeksizin çıkaran tabibi, bu gözün görme yeteneğini tamamen yitirmesi halinde, **taksirle yaralama suçundan** dolayı (765 s. mülga TCK, m. 459) sorumlu tutulması gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur. Ancak, bunun için, tabibin yanlış tedavi yöntemi uygulaması ile gözün görme yeteneğini yitirmesi arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Başka bir deyişle, esasen çivinin batmasıyla gözün görme yeteneğini yitirmiş olması halinde, yanlış tedavi yönteminin uygulanması ile gözün kör olması arasında illiyet bağı bulunmadığı için tabibi taksirle yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulmak gerekir²⁷. Buna karşılık, mensup olduğu etnik köken dolayısıyla, fakir ve sosyal güvencesinin bulunmaması dolayısıyla hastaya gerekli tıbbî müdahalenin yapılmaması sonucunda ölmesi halinde, müdahaleyi yapmaktan imtina eden sağlık görevlilerinin **kas-**

ten (en azından olası kastla) **öldürme suçunun ihmali davranışla işlemekten** dolayı (TCK, m. 81, 83 ve 21) cezalandırılmaları gerekir.

Yargıtay, aynı zamanda kamu görevlisi statüsünü taşıyan sağlık mesleği mensubu kişilerin görevlerinin gereklerini yerine getirmemeleri sonucunda hastanın sağlık durumunun daha fazla kötüleşmesi veya ölmesi halinde, sadece **görevi ihmal suçundan** dolayı (765 s. mülga TCK, m. 230) ceza sorumluluğu cihetine gidilmesi gerektiği içtihatında bulunmuştur²⁸. Bu içtihat doğru değildir. Çünkü bunun kabulü, aynı zamanda kamu görevlisi statüsünü taşımayan sağlık mesleği mensubu kişilerin görevlerinin gereklerini yerine getirmemeleri sonucunda hastanın ölmesi halinde ceza sorumluluğu bakımından farklı bir yol izlemeyi gerekli kılmaktadır. Ancak, belirtelim ki, Yargıtay'ın bu husustaki içtihatlarında istikrar bulunmamaktadır. Oldukça yeni tarihli bir kararında Yargıtay şu içtihatla bulunmuştur: "SSK. Hastanesinde görevli doktor olan sanık Enver T, 1.9.2001 tarihinde nöbetçi olduğu halde, **yakınanın yüksek ateşle hastanede yatan bebeğini muayene etmesi için kendisine yapılan başvurulara karşın, hastaneye gelmeyerek kendisinin özel olarak çalıştığı Sihat Polikliniğine getirilerek 35.000.000 Lira karşılığında muayene edilmesini isteyerek yasal olarak yapması gereken muayene ve tedaviyi yapmadığı, diğer sanık doktor Mehmet B ise, sanık Enver T'nin gelmemesi nedeniyle kendisine haber verilmesi sonucu hastaneye gelerek hasta bebeği bizzat muayene edip tedavi uygulaması gerekirken, hastayı görmeden nöbetçi pratisyen hekim Alper Y'ye hastaya serum ve ilaç verilmesini söylediği, ayrıca sanıklar arasında yapılan anlaşma uyarınca 2.9.2001 tarihinde resmen nöbetçi olmasına karşın hastaneye gelerek hastayı kontrol etmediği, bilahare hasta bebeğin ölmesi karşısında, makul ile ilgili tüm belgelerin hastaneden istenerek dosya ile birlikte Yüksek Sağlık Şurasına gönderilerek, **sanıkların** (muayene ve kontrol etmeme şeklinde tezahür eden) **fiilleri ile hastanın ölümü arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığı** tespit ettirilerek; sonucuna göre, sanıkların eylemlerinin görevi ihmal veya tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme neden olma suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan; eksik soruşturma ile yazılı şekilde görevi ihmal suçundan dolayı (765 s. mülga TCK m. 240) mahkumiyet kararı verilmesi, yasaya aykırıdır." 4.CD, 8.12.2004, 10444/11972²⁹.**

Karara konu teşkil eden olayda tabipler, yüksek ateşle hastaneye kaldırılan bebeğe, çeşitli mülahazalarla tıbbî müdahalede bulunmamışlardır. Bebek, bilahare ölmüştür. Bu olaya ilişkin

Yargıtay'ın kabulüne göre, tabiplerin bu ihmali davranışlarının *görevi ihmal* (765 s. mülga TCK, m. 230) veya *tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme neden olma* (765 s. mülga TCK, m. 455) suçlarını oluşturup oluşturmadığının tartışılması gerekmektedir. Halbuki bu kabulde bir çelişki bulunmaktadır. Şayet tabiplerin görevlerinin gereği olan tıbbî müdahalede bulunmaktan kasten imtina ettikleri kabul edilecekse, artık görevi ihmal suçundan değil, **kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesinden** (TCK, m. 83) söz etmek gerekir. Buna karşılık, tabiplerin görevlerinin gereği olan dikkat ve özeni göstermedikleri için hasta bebeğe tıbbî müdahalede bulunmayı ihmal ettiklerinin kabulü halinde ise, söz konusu kararda da belirtildiği üzere, **taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan** dolayı (TCK, m. 85) sorumlulukları cihetine gitmek gerekir. Yargıtay'ın bu kararında, tabiplerin tedavi etmeme şeklindeki ihmali davranışları ile bebeğin ölümü arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığının da araştırılması gerektiği vurgulanmıştır. Doktrinde de benimsenen bu düşünce³⁰, illiyet bağı, fizikî ve dolayısıyla, doğal bir olgu olarak değil, "*düşünce aleminde kurulan bir bağ*" olarak görülmektedir³¹. Ortaya çıkan neticeyi belli bir kişiye objektif olarak isnad etmek gerekir (**objektif isnadiyet**). Ancak, kanımızca, bu isnadiyeti doğal bir olgu olarak izah etmek mümkün değildir. Belli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi ile ortaya çıkan neticeyi birbirleriyle ilişkilendirmek, ancak *normatif bir değerlendirmeye* mümkün olabilir³². Bu bakımdan, görünüşte ihmali suçlarla ilgili olarak, doğal bir fenomen olan nedensellik bağından söz edilemez. Meydana gelen neticeden kişiyi sorumlu tutabilmek için, *somut olayda kişinin bu neticeyi önlemeye yönelik icraî davranışta bulunma hususunda imkan ve iktidarına sahip olması gerekir*. Aksi takdirde, kişi meydana gelen neticeden sorumlu tutulamaz. Bu itibarla, Yargıtay'ın söz konusu kararında vurgulanan tabiplerin tedavi etmeme şeklindeki ihmali davranışları ile bebeğin ölümü arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığının araştırılması yönündeki gerekliliği, somut olayda tabiplerin bebeğin ölümünü engellemeye yönelik icraî davranışta bulunma hususunda imkan ve iktidarına sahip olup olmadıklarının araştırılması şeklinde anlamak gerekir.

2. Trafik kazası sonucu yaralanarak hastaneye kaldırılan kişiye gerekli tıbbî müdahalenin vaktinde yapılmaması sonucunda kişinin sakat kalması veya ölmesi halinde, ceza sorumluluğunun tayini de, bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada önce kazaya sebebiyet veren kişinin ceza sorumlulu-

ğuna açıklık getirmek gerekir. Sebebiyet verilen kazada bir başkası yaralanmıştır. Bu durumda kazaya sebebiyet veren kişinin taksirle yaralama suçundan (TCK, m. 88) dolayı cezalandırılması gerekmektedir. Hastaneye kaldırılan yaralı kişinin, kendisine bilahare yanlış tıbbî müdahalede bulunulması veya vaktinde gerekli tıbbî müdahalede bulunulmaması sonucunda ölmesi halinde, kazaya sebebiyet veren kişinin yine de **taksirle yaralama suçundan** dolayı cezalandırılması yoluna gidilmelidir. Nitekim, Yargıtay, benzer bir olayda aynı yönde içtihatla bulunmuştur: «*Oluş ile Adli Tıp Meclisi mütalaası nazara alındığında, yaralıya kazadan sonra hastaneye kaldırıldığı zaman bu gibi hadiselerde normal ve mutad olduğu üzere tetanos serumu yapılmış olsaydı ölüm vukua gelmeyeceği cihetle; sanığın yaralanmaya neden teşkil eden kusurlu davranışları ile ölüm arasında doğrudan doğruya bir illiyet rabitasının varlığından sözedilemeyeceği; (trafik kazasına sebebiyet veren) sanığın yalnızca sol el parmaklardaki kırık ve ezilginin tevhit ettiği iş güçten geri kalma süresi itibarıyla yaralanmaya sebebiyetten dolayı sorumlu tutulması gerekeceği düşünülmeden;* (765 s. mülga) TCK.nun 455/1. maddesi uyarınca (taksirle öldürme suçundan dolayı) *mahkûmiyet hükmü kurulması, bozmayı gerektirmiştir.*»³³.

Söz konusu karar sonucu itibarıyla doğru olsa bile gerekçesi bakımından doğru değildir. Yağıtay, trafik kazasına sebebiyet veren kişinin fiili ile kazazedenin ölümü arasında nedensellik bağı bulunmadığı gerekçesine dayanmıştır. Halbuki, olayda trafik kazasına sebebiyet veren kişinin fiili ile kazazedenin ölümü arasında illiyet (nedensellik) bağı mevcuttur. Ancak, trafik kazasına sebebiyet veren kişinin fiili ile kazazedenin ölümü arasında üçüncü bir kişinin veya kişilerin ceza sorumluluğunu gerektiren ayrı bir fiil veya fiiller girdiği için; ceza hukukunda **şahsi sorumluluk prensibinin** gereği olarak, kazaya sebebiyet veren kişiyi bu ölüm neticesinden dolayı sorumlu tutmamak gerekir. Yaralı kişiye hastanede yanlış tıbbî müdahalede bulunulması veya vaktinde gerekli tıbbî müdahalede bulunulmaması sonucunda ölmesi halinde, yanlış tıbbî müdahalede bulunan veya vaktinde gerekli tıbbî müdahalede bulunmayı ihmal eden sağlık görevlisi kişilerin bu ölüm neticesinden dolayı cezaî sorumluluğunun olduğu kuşkusuzdur³⁴. Ancak, Yargıtay'ın iktibas etmiş bulunduğumuz kararında, hastaneye kaldırılan kazazede tetanos serumu yapmak şeklinde gerekli tıbbî müdahalede bulunulmamış olması nedeniyle tabip veya diğer sağlık görevlisi kişilerin ceza sorumluluğu ile ilgili olarak herhangi bir değerlendirme yapılmış değildir³⁵. Kasten yarala-

ma halinde de aynı şekilde düşünmek gerekir. A tarafından bıçakla yaralanan B, hastaneye kaldırılır. Tedavi için hastaneye kaldırılan B, kendisine yanlış tıbbî müdahalede bulunulması veya gerekli tıbbî müdahalenin vaktinde yapılmaması nedeniyle, ölür. Bu örnek olayda da A'yı sadece **kasten yaralama suçundan** dolayı sorumlu tutmak gerekir³⁶. Buna karşılık B'nin ölümünden dolayı kendisine yanlış tıbbî müdahalede bulunan veya gerekli tıbbî müdahaleyi vaktinde yapmayan tabip veya diğer sağlık görevlilerinin, ceza sorumlulukları cihetine gitmek gerekir³⁷.

Söz konusu olaylarda yaralı kişinin, kendisine yanlış tıbbî müdahalede bulunulması nedeniyle ölmesi halinde, bu yanlış tıbbî müdahaleyi gerçekleştiren sağlık görevlilerinin **taksirle öldürme suçundan** (TCK, m. 85) dolayı sorumlu tutulması gerekmektedir. Yaralı kişinin, kendisine gerekli tıbbî müdahalenin vaktinde yapılmaması nedeniyle ölmesi halinde ise, gerekli tıbbî müdahaleyi vaktinde yapmayan sağlık görevlilerinin, ceza sorumlulukları cihetine gitmek gerekir. Ancak, hastane acil servisindeki iş yoğunluğu, hastane teknik imkanlarının yetersizliği, yaralı sayısının fazlalığı gibi nedenlerle gerekli tıbbî müdahalenin vaktinde yapılamamış olması sonucu ölüm gerçekleşmiş ise, **zorunluluk hali dolayısıyla sağlık görevlilerinin cezalandırılması cihetine gidilemez**. Buna karşılık, mensup olduğu etnik köken dolayısıyla, fakir ve sosyal güvencesizini bulunmaması dolayısıyla yaralı kişiye gerekli tıbbî müdahalenin yapılmamış olması sonucunda ölmesi halinde, müdahaleyi yapmaktan imtina eden sağlık görevlilerinin en azından olası kastla öldürme suçunun ihmali davranışla işlemekten dolayı (TCK, m. 81, 83 ve 21) cezalandırılmaları gerekir.

3. Tabibin, bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranması halinde de, meydana gelen sonuçtan dolayı sorumluluğu cihetine gitmek gerekecektir. Şöyle ki:

Bir olayda A, bir rahatsızlığı sebebiyle başvurduğu hastanede tabip B tarafından muayene ve tedavi edilir. Hastanede bir hafta devam eden muayene ve tedavi süreci sonunda B, yazdığı reçetede ilaçları belirlediği zamanlarda kullanmasını önererek A'yı taburcu eder. Reçetede yazılı ilaçlardan birisinin prospektüsünde ilacın yan ekisi olarak kullanan hastada yoğun bir uyku hali oluşturabileceği belirtilmektedir. Bu nedenle gerekli olmadığını düşünerek B, okuma yazması olan A'ya ayrıca ilacın yan etkileri ve dolayısıyla, sakınması gereken hareketler konusunda bilgi vermez. Prospektüsü okumayan A, eşi C'yi de yanına alarak otomobile şehirlerarası bir yolculuğa çıkar. Aldığı ilacın etkisiyle dikkati dağılan A,

Sağlık mesleği mensupları açısından önemli olan, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğuna ilişkin ölçütlere uygun davranılmasıdır. Türk Ceza Kanununun özellikle olası kast ve bilinçli taksir kavramlarıyla ilgili düzenlemeleri etrafında oluşturulan gereksiz tartışmaların amacının, hekim hatalarına karşı mali sorumluluk sigortası yaptırmaya teşvik ve yeni kanunî düzenlemelerin içeriğine yönelik bilgi eksikliğinin istismarı olduğunu gözden uzak tutmamak gerekir.

otomobili kontrol edemeyerek bir trafik kazasına neden olur; kazada C ölür ve kendisi ağır bir şekilde yaralanır.

Bu olayda tabip, aydınlatma yükümlülüğü bağlamında, kullanılan ilaçların yan etkileri konusunda da hastayı bilgilendirmesi gerekmektedir. İlacın prospektüsünde yan etkileri konusunda açıklama bulunması ve hastanın okuma yazma bilmesi, tabibin bu bilgilendirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır³⁸.

Bu itibarla, söz konusu olayda tabip B, A'ya karşı bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. A'nın sebebiyet verdiği trafik kazası sonucunda gerçekleşen ölüm ve yaralamalardan dolayı tabip B'yi sorumlu tutup tutamayacağımız, sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanımızca, bu durumda tabip B'yi taksirle ölüme ve yaralamaya sebebiyet vermekten dolayı (TCK, m. 85, f. 2) sorumlu tutmak gerekir.

VII. Tedavi amaçlı deneme ve cezaî sorumluluk

Yeni TCK'nın 90. maddesinin dördüncü fıkrasında, belirli koşullar oluşmadan yapılan **tedavi amaçlı deneme** ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır: "*Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbî müdahale yöntem-*

lerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir."

Söz konusu maddenin gerekçesinde **insan üzerinde deney** ile **tedavi amaçlı deneme** arasındaki ayırımı ilişkin olarak şu açıklamalara yer verilmiştir³⁹: "*Tıp biliminin en önemli amacı insan sağlığını korumak ve hastalıklara çare bulmaktır. Bu amaç doğrultusunda tıp, sürekli olarak kendini yenilemektedir. Nihai uygulama alanı insan olan bir disiplindeki gelişmelerin önü kesilemeyeceği gibi, bu konudaki çalışmalar tamamen kontrol dışı da bırakılmaz. Bu düşünceyle madde, sağlıklı ve hasta insanlar üzerinde yapılacak biyotıbbî deney ve denemeleri kural olarak cezalandırmakta; ancak belirli şartların bir arada gerçekleşmesi hâlinde ise, açıklanan rızaya hukukî geçerlilik tanımaktadır.*

Düzenlemede "deney" terimi bilimsel çalışmanın ilk aşamalarına yönelik olarak kullanılmıştır. "Deneme" ise bilimsel amaçlı deney sonuçlarının; henüz bir kesinliğe varmasa da, hastalığın tedavisi konusunda ulaştığı somut bazı faydalarından yola çıkarak hasta bir insana uygulanması işlemidir. Her ne kadar yeni bir tedavi metodunun geliştirilmesine veya hastanın iyileştirilmesine hizmet etse de deney ve denemelerin gerçekleştirilmesinde, tıbbî olarak kabul görmüş yöntemlere nazaran daha katı şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunun sebebi yöntemin henüz tanınmaması ve tedavi için en doğru metod olduğunun henüz ispatlanmamasıdır."

Yeni TCK'nın 90. maddesinin dördüncü fıkrasında belirlenen koşullarda tedavi amaçlı deneme yapılması halinde, bunun hukuka uygun olacağı ve suç oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Buna göre, tedavi amaçlı deneme ancak hasta olan bir kişi üzerinde gerçekleştirilebilir. Keza, hastaya bilinen tıbbî müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine tevavi amaçlı deneme yapılabilir. Ayrıca hastanın, bilinen tıbbî müdahale yöntemlerinin uygulanmasının tedavi için sonuç vermediği, bu nedenle, henüz tıbben kanıtlanmış olmakla birlikte, bilimsel yöntemlere uygun olarak belirlenen tedavi amaçlı deneme yapabilecekleri hususunda aydınlatılıp, rızasının alınması gerekmektedir. Bu rızanın yazılı olması gerekmektedir. Keza, henüz tıbben ispatlanmamış olan yöntemin izlenmesi suretiyle tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında ya-

pılması gerekir. Bu koşullara riayet edilmeksizin yapılan tedavi amaçlı denemeler, suç oluşturacaktır.

Sonuç

Sağlık mesleği mensupları açısından önemli olan, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğuna ilişkin ölçütlere uygun davranılmasıdır. Türk Ceza Kanununun özellikle olası kast ve bilinçli taksir kavramlarıyla ilgili düzenlemeleri etrafında oluşturulan gereksiz tartışmaların amacının, hekim hatalarına karşı mali sorumluluk sigortası yaptırmaya teşvik ve yeni kanunî düzenlemelerin içeriğine yönelik bilgi eksikliğinin istismarı olduğunu gözden uzak tutmamak gerekir.

Dipnotlar

1. Tabip, somut olayın arzettiği özelliklerle ilgili yanlış değerlendirmede bulunarak, tıbbî müdahalede bulunulması için kişinin rızasının varlığına gerek olmadığını düşünebilir. Bu durumda bir **hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata** söz konusudur ve bu yanılmanın kaçınılmaz olması halinde kastı olmadığı için hekimin ceza hukuku bakımından sorumluluğu cihetine gidilemez (TCK, m. 30, f. 3).

2. Bkz. ERMAN, Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, sh. 30 vd., 77, 120; HAKERİ, Tıp Hukuku, sh. 207, 292.

3. Ancak, sadece sezaryen yöntemiyle doğuma rıza gösterilmesine rağmen, tabibin doğumu gerçekleştirirken yanı sıra, kadının rahim ve yumurtalığını alması halinde; rahim ve yumurtalığın alınması, belirli bir hastalığın teşhis ve tedavisi amacıyla yönelik bir tıbbî müdahale olarak kabul edilemez. Dolayısıyla bu durumda, 1219 s. Kanunun 70. maddesine göre yaptırımı gerektiren bir fiilin varlığını değil, kasten yaralama suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Keza, tıbbî zorunluluk bulunmadığı halde, kadının rızasının olmamasına rağmen doğumun sezaryen yöntemiyle gerçekleştirilen tabibin kasten yaralama suçundan dolayı ceza sorumluluğu cihetine gitmek gerekir (Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, sh. 293).

Aynı şekilde, 11.4.2007 tarihli ve 5624 sayılı *Kan ve Kan Ürünleri Kanununda* belirlenen sair şartlara uygun olmakla birlikte, kişinin vücudundan rızasına aykırı olarak kan alınması halinde, TCK'nın kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerini uygulamak gerekir.

4. Bu itibarla, teşhis ve tedavi amacıyla ve tıp biliminin verilerine uygun olarak ve fakat, kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilen tıbbî müdahalenin hem 1219 s. Kanunun 70. maddesinde tanımlanan kabahat türünden "suç"un hem de kasten yaralama suçunu oluşturduğunu kabul eden görüş ERMAN, Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, sh. 42), doğru değildir.

5. Bu maddedeki (idari) para cezasının miktarı, 1219 s. Kanunun **14.4.1928** tarihli ve 863 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş olması dolayısıyla (m. 81), "**seksenbeşbinyediyüzonbeş katına çıkarılmıştır.**" (5252 s. Kanun, m. 4, f. 1, bent b, alt bent 1). Bu itibarla, uygulama yapılırken, 70. madde-

deki (idari) para cezasının alt ve üst sınırları **85.715** rakamıyla çarpılmak suretiyle güncellenmelidir.

6. "Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır."

7. CGK, 13.2.1995, 7-370/12 (Hakeri, Tıp Hukuku, sh. 101/102).

Buna karşılık *Hakeri*, tabip olmayan bir kişinin ancak tabip tarafından gerçekleştirilebilecek tıbbî müdahalede bulunması halinde sonuçta kişi şifa bulmuş olsa bile, fiilin aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturduğu ve failin farklı neviden fikri içtima hükümlerine (TCK, m. 44) istinaden sadece daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması gerektiği fikrindedir (HAKERİ, Tıp Hukuku, sh. 103, dn. 2).

8. 1219 s. Kanunun 25. maddesine göre; "Diploması olmadığı halde cerrî menfaat için olmasa dahi her hangi suretle olursa olsun hasta tedavi eden veya tabip ünvanını takınan şahıs bir aydan altı aya kadar hapis ve yirmi beş liradan beş yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi ile mücazat olunur. Bu suretle icrayı sanat neticesinde Türk Ceza Kanunu itibarıyla daha ağır cezayı müstelzim bir fiil işlenmiş olduğu takdirde o fiile mahsus ceza verilir."

1219 s. Kanunun 2.6.2004 tarihli ve 5181 sayılı Kanuna (m. 1) değişik 41. maddesinde dış tabipleri bakımından da benzer bir düzenleme yer almaktadır:

"Kişisel çıkar amacı olmasa bile diplomasız olarak dış hekimliği mesleğine ilişkin herhangi bir muayene veya müdahale yapan, dış hekimliği klinik hizmetleri ile ilgili işyeri açanların meslek icraları durdurulur. Bu kimseler hakkında üç yıldan beş yıla kadar hapis ve birmilyar liradan üçmilyar liraya kadar ağır para cezasına hükümlenir. Ayrıca işyerlerinde bulunan ve münhasıran dış hekimliği mesleğini icra etmekte kullanılan araç ve gereçler kime ait olursa olsun müsadere edilir."

İşaret etmemiz gerekir ki, 1219 s. Kanunun 41. maddesinde yer alan suç tanımındaki ceza yaptırımı çok ağırdır. Söz konusu suç tanımına göre "diplomasız olarak dış hekimliği mesleğine ilişkin herhangi bir muayene veya müdahale yapan" kişinin "üç yıldan beş yıla kadar hapis" cezası ile cezalandırılması gerekmektedir. Dikkat edilmelidir ki, ancak dış tabibi tarafından gerçekleştirilebilecek olan bir tıbbî müdahale sonucunda kişinin sağlık durumu düzelmiş olsa bile, fail temel ceza olarak **en az üç yıl hapis cezasına** mahkum edilecektir. Halbuki bu durumda *Hakeri*'nin görüşü doğrultusunda aynı zamanda kasten yaralama suçunun oluşturduğu kabul edildiği takdirde, kasten yaralama suçundan dolayı faile daha az ceza verebilmek mümkün olacaktır.

9. Yargıtay, dış hekimliği diploması olmayan ve dış çekme yetkisi bulunmayan kişinin dış çekmesi halinde, sadece 1219 s. Kanunun 41. maddesinde tanımlanan suçtan dolayı cezaya hükmedilmesi gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur: 9.CD, 4.10.2004, 3787/4953 (Hakeri, Tıp Hukuku, sh. 103).

Karara konu teşkil eden olayda esas mahkemesi taksirle yaralama (taksirle müessir fiil) suçundan dolayı (765 s. Mülga TCK, m. 459) cezaya hükmetmişti.

10. CGK, 13.2.1995, 7-370/12 (Hakeri, Tıp Hukuku, sh. 101/102).

11. HAKERİ, Tıp Hukuku, sh. 101.

12. Ebelerle ilgili olarak: 2.CD, 18.3.1993, 2776/3801 (Hakeri, Tıp Hukuku, sh. 102).

13. **Ebelikle** ilgili olarak 1219 s. Kanunun 54. maddesinde ceza yaptırımlarına yer verilmiştir:

"Şahadetname veya vesikası olmadığı halde ebeliği sanat itti haz edenler bir haftadan üç aya kadar hafif hapis veya beş liradan elli liraya kadar hafif cezayı nakdi ile cezalandırılır. Bu suretle icrayı sanat neticesinde Türk Ceza Kanunu itibarıyla daha ağır cezayı müstelzim bir fiil işlenmiş olduğu takdirde o fiile mahsus ceza verilir."

Sünnetçilikle ilgili olarak 1219 s. Kanunun 61. maddesinde ceza yaptırımına yer verilmiştir:

"Ruhsatsız ve müsaadesiz sünnetçilik edenler bir haftadan bir aya kadar hafif hapis ile cezalandırılır. Bu suretle icrayı sanat neticesinde Türk Ceza Kanunu itibarıyla daha ağır cezayı müstelzim bir fiil işlenmiş olduğu takdirde o fiile mahsus ceza verilir."

Hastabakıcı hemşirelerle ilgili olarak 1219 s. Kanunun 67. maddesinde ceza yaptırımına yer verilmiştir:

"Salahiyeti olmadığı halde hastabakıcılık eden ve bu ünvanı takınanlar beş liradan elli liraya kadar hafif cezayı nakdi ile cezalandırılır."

Bu maddelerdeki "hafif hapis" ve "hafif para" cezaları yerine, yeni TCK'nın yürürlük ve uygulama şekline dair 5252 s. Kanunun 7. maddesine istinaden sadece **idari para cezasına** karar verilebilir: Söz konusu maddenin ilgili hükümleri şöyledir:

"(1) Kanunlarda, "hafif hapis" veya "hafif para" cezası olarak öngörülen yaptırımlar, idari para cezasına dönüştürülmüştür. İdari para cezasının hesaplanmasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 52 nci maddesi hükümleri uygulanır. ...

(2) Kanunlarda, "hafif hapis cezası" ile "hafif para cezası"nın seçilmelik olarak veya birlikte öngörüldüğü hallerde, idari para cezası yaptırımının belirlenmesinde "hafif hapis cezası" esas alınır.

(4) Bu madde hükmüne göre idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkilidir."

Ayrıca, 1219 s. Kanunun Ek 8. maddesinde **dış protez teknisyenliği** ile ilgili olarak özel bir suç tanımına yer verilmiştir:

"Diploması veya meslek belgesi olmaksızın dış protez teknisyenliği mesleğini icra edenlerle, Ek 7 nci madde hükümlerine aykırı davranışta bulunan dış protez teknisyenleri hakkında, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenir. Ayrıca işyerlerinde meslekleri ile ilgili olmadığı tespit edilen araç ve gereçler müsadere edilir."

14. *Hakeri*, bir tıbbî müdahalenin, uzmanı olup olmadığına bakılmaksızın, salt tabip tarafından gerçekleştirilmesinin, hukuka uygunluğunun kabulü bakımından yeterli olduğu kanısındadır (HAKERİ, Tıp Hukuku, sh. 99).

15. *Hakeri*, bu gibi durumlarda, herhangi bir ayırım yapmaksızın, tabibin sadece taksirden dolayı sorumlu tutulması gerektiği fikrindedir (HAKERİ, Tıp Hukuku, sh. 99).

16. Bu bağlamda TCK'nın 100. maddesindeki "**çocuk düşürme**" suçuna ilişkin tanım da göz önünde bulundurulmalıdır.

17. Bkz. GÖKCAN, 11. Ulusal Perinatoloji Kongresi, sh. 111.

18. Tabip tarafından yapılmakla birlikte, yapılan sünnetin "hatalı" olması halinde Yargıtay **taksirle yaralamaya** sebebiyet vermekten dolayı ceza sorumluluğu cihetine gidilmesi gerektiği içtihadında bulunmuştur: CGK, 24.9.2002, 188/317 (Gökcan, Hasan Tahsin: *Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Ceza Sorumluluğu*, in: Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul, Mayıs 2007, sh. 361).

19. İlginçtir ki Yargıtay'ın bir kararında, hatalı olarak gerçekleştirilen tıbbî müdahaleden sonra hastanın ölmesi halinde de, "sanık hekimin seçtiği müdahale biçimi dışında bir müdahale yönteminin sonucu değiştirip değiştirmeyeceği" hususunun da görevlendirilen bilirkişi tarafından düzenlenecek raporda açıklığa kavuşturulması gerektiği belirtilmiştir: 4.CD, 1.4.1993, 649/2611 (Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 359).

Gerçekleştirilen **tıbbî müdahalenin hatalı olduğu** tespit edildikten sonra, bu **müdahale tıp biliminin verilerine uygun olarak yapılmış olsaydı dahi aynı sonuç meydana gelecekti** şeklinde hukuk dışı bir gerekçeden hareketle ceza sorumluluğundan sarfınazar edilmesi, özel bir himaye saikinin yansımaları olarak telakki edilmelidir.

20. "Pendik Sağlık Grup Başkanlığının 06.03.2000 tarihli İ.Ü.Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Nöroşürürji Ana Bilim Dalı'nın 25.01.2001 tarihli ve Adli Tıp Kurumunun 18.05.2001 tarihli raporlarında "müdahil Mehmet D'de tespit edilen **sağ ayağındaki arızasının enjeksiyona bağlı olduğunun** ve Adli Tıp Kurumu raporunda enjeksiyonu yapan sanık hemşire PY'nin 2/8 oranında kusurlu bulunduğu, bildirilmesine karşın, Yüksek Sağlık Şurasının 27-28 Mart 2002 tarih ve 10502 karar sayılı sanığın savunmasını dayanak kabul ederek verdiği soyut nitelikteki "enjeksiyonun doğru yerinden yapıldığını ve siyatik sinir seyrinin kişilere göre farklılık gösterdiğinden bahisle sanığın kusursuz olduğunu" bildiren rapora hangi gerekçelerle üstünlük tanınıp hükme esas alındığı açıklanarak raporlar arasında çelişki yönteminde giderilip ve sanığın savunmasında iddia ettiği müdahilin başka yerde enjeksiyon yapıp yapıp yapılmadığı hususu da müdahilden sorulduktan sonra raporlar arasında husule gelen çelişkinin giderilmesi yönünden Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan görüş alınarak sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken yazılı şekilde inceleme ile hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir": 2. CD, 19.4.2005, 21965/6580 (Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 361 vd.).

21. "GÜTF hastanesinde doktor olan ve göz ihtisası yapmakta bulunan sanık A'nın diğer sanık ve ameliyathane sorumlusu R'nin görevlendirilmesi üzerine, mağdure Fatma'nın ameliyatını yaptığı, ancak sanık A'nın **hastaya ait dosyayı incelemeyen** sol gözde retinoplastom olduğu halde, **yanlışlıkla**

sağ gözünü ameliyat suretiyle aldığı, daha sonra yanlış gözün alındığı anlaşılınca da diğer hasta gözün alındığı ve bu suretle mağdurun tamamen kör olduğu ileri sürülen olayda sanıkların kusurlu olup olmadıklarının ve varsa oranlarının Yüksek Sağlık Şurasına tesbitinin yapılması ... ve sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken noksan soruşturma ile (taksirle yaralama suçundan [765 s. mülga TCK, m. 459] dolayı) hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.": 2.CD, 24.4.1996, 4493/4682 (Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 359).

"Mağdure ve babası yakınının ortodontist hekimin düzenlediği diş çekim şeması ile E. Devlet Hastanesinde görev yapan diş hekimi saniğe başvurarak 4 nolu diş olan birinci azı dişinin çekilmesini istemeleri üzerine, saniğin mesleğinin gösterdiği özeni göstermeyerek 3 nolu diş olan kanin dişini çekmekten ibaret eyleminin kovuşturulması yakınlığa bağlı nitelikteki (765 s. mülga) TCY'nin 459/1. madde ve fıkrasına ya da hukuki nitelikte çekişmeye konu olup olmayacağı tartışılmadan, öğeleri oluşmayan (765 s. mülga TCK'nin) 230. maddesiyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır.": 4.CD, 27.5.1999, 5002/5977 (Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 365).

"Suç tarihinde Niğde Devlet Hastanesi dip polikliniğinde diş tabibi olarak görev yapan saniğin, diş çekirmek için kendisine başvuran 1991 doğumlu mağdure Selen B'nin çekilmesi gereken sol üst çene IV-V nolu çürük dişleri yerine sağ üst çenesindeki IV-V nolu sağlam dişleri çekmesi biçiminde oluşan eylemde Yüksek Sağlık Şurasının raporunda da açıkça vurgulandığı gibi, hastasına **gerekli dikkat ve itinayı göstermeyerek** onun cismen eza göreceği veya sıhhatini ihlal edecek derecede yaralanmasına sebebiyet vermiş bulunması karşısında (765 s. mülga) TCY'nin 459. maddesinde yazılı suçun oluşacağı gözetilerek mevcut yaralanmanın mağdureyi kaç gün alışılmış uğraşından alıkoyacağı hususunda uzman hekim ve saniğin **kusur oranı yönünden bilirkişi raporu alındıktan sonra** neticesine göre hüküm kurulması yerine görevi savsama suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır.": 4.CD, 12.11.2003, 28399/11352 (Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 360).

22. 2.CD, 5.2.1996, 268/1025 (Hakeri, Tıp Hukuku, sh. 269 vd.

23. "Sanık hemşire Ayşe B'nin, katılanın doğumu nedeniyle görevi olmadığı halde, epizyo dikim işini yapmak ve sanık hekim Hafize Ç'nin epizyo dikimi kendisi yapmayıp, hemşire saniğe yaptırmak suretiyle katılanın doğum yarasının enfekte olmasına yol açma eylemlerinin, 765 sayılı TCY'nin 456, 459. (5237 sayılı TCY'nin 86, 88.) maddelerinde öngörülen **taksirle yaralama suçuna** uyması karşısında dosyanın Adli Tıp Kurumuna gönderilerek sanıkların özensiz davranış ve davranmadıkları ya da **kusurlarının bulunup bulunmadığı** ve katılanın yarasının ağırlığıyla ilgili raporların alınması ve sonucuna göre sanıkların hukuksal durumlarının belirlenmesi gerekirken; eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle beraat hükümleri kurulması, yasaya aykırıdır.": 4. CD, 13.6.2006, 7665/12374 (Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 365; aynı yazar, 11. Ulusal Perinatoloji Kongresi, sh. 113).

24. Danişay, Onuncu Daire, 14.11.1996, 7534/7086.

25. Türk ceza hukukuna ilişkin yeni mevzuatın sözkonusu düzenlemelerine rağmen, Yargıtay'ın **yanlış** olan bu uygulamaya ilişkin yönlendirmesi dikkat çekicidir.

"1219 sayılı Yasanın 75. maddesinin, mahkemelelerin uygun göreceklere bilirkişilerin görüşlerine başvurma imkanı saklı kalmak üzere, doktorların mesleklerinin icrasından doğan suçlarından dolayı Yüksek Sağlık Şurasından düşünce sorulmasını zorunlu kılması dikkate alınarak; (meydana gelen ölüm neticesi bakımından) **saniğin kusurlu olup olmadığının öncelikle Yüksek Sağlık Şurasından rapor alınması suretiyle belirlenmesi** ve sonucuna göre saniğin hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekir...": 9.CD, 1.6.2006, 2124/3000 (Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 355).

"1219 sayılı Yasanın 75. maddesinin, mahkemelelerin uygun göreceklere bilirkişilerin görüşlerine başvurma imkanı saklı kalmak üzere, doktorların mesleklerinin icrasından doğan suçlarından dolayı Yüksek Sağlık Şurası'ndan düşünce sorulmasını zorunlu kılması dikkate alınarak; (taksirle yaralama suçu ile bağlantılı olarak) **saniğin kusurlu olup olmadığının öncelikle Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınması suretiyle belirlenmesi** ve sonucuna göre saniğin hukuki durumunun takdir ve tayini gerekir...": 9.CD, 1.5.2006, 1036/2487 (Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 355).

"Hemşire olan **saniğin** mesleğinin icrasından doğan suç (taksirle yaralama suçu) nedeniyle, 1219 sayılı Kanunun 75. maddesi hükmü uyarınca **kusurlu olup olmadığının Yüksek Sağlık Şurasından rapor alınması suretiyle belirlenmesi** ve sonucuna göre hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik incelemeyle beraatine karar verilmesi, kanuna aykırıdır.": 9.CD, 20.6.2006, 2024/3525 (Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 357).

"Mağdura enjeksiyonun sanık tarafından yapıldığından kuşkuyla yer vermeyecek şekilde dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, **olayda saniğin kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti için Adli Tıp Kurumundan rapor alındıktan sonra hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile hüküm tesisi, kanuna aykırıdır.**" 9.CD, 5.4.2005, 1491/1437 (Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 361).

"SSK hastanesi hekimisi olan saniğin, doğum tarihini tamamlayan bebeği zamanında almayarak ölü doğuma yol açıp açmadığı hususunda **kusurunun bulunup bulunmadığı, Yüksek Sağlık Şurasından görüş alınarak araştırılmadan; eksik** (soruşturmaya dayalı olarak görevi ihmal suçundan dolayı [765 s. mülga TCK, m. 230] mahkumiyet kararı) verilmesi yasaya aykırıdır.": 4.CD, 8.6.2004, 9165/7226 (Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 356, 357).

26. GÖKCAN, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 364.

27. CGK, 11.2.1991, 4-311/17 (Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 364).

28. Yargıtay 4.CD ile CGK, bir olayda, nöbetçi doktorun kazazedenin başındaki yarayı gerektiği gibi muayene etmemesi, gereken tedaviyi zamanında uygulamaması ve hastanın bir gün sonra ölmesi

halinde, görevi ihmal suçunun olduğu içtihadında bulunmuştur (CGK, 7.6.1982, 4-215/271 [Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 364]).

Bir başka olayda bayan X üç aylık hamiledir, bilinmeyen bir nedenle düşük yapar ve kan kaybetmeye devam eder. Bu durum karşısında, kamu görevlisi olan tabipler ısrarla çağrılarak hastaya müdahalede bulunmaları istenir. Ancak, tabipler, bu çağrılara rağmen hastaya gidip gerekli tıbbi müdahalede bulunmazlar. Sonuçta hasta kan kaybından ölür. Bu olayda Yargıtay "ölümün doğrudan doğruya sanık hekimlerin fiillerinden ileri gelmediği" gerekçesiyle, taksirle ölüme sebebiyet vermek suçundan dolayı (765 s. mülga TCK, m. 459) değil de, görevi ihmal suçundan dolayı (765 s. mülga TCK, m. 230) cezalandırılmaları gerektiği yönünde içtihadta bulunmuştur (4.CD, 19.2.1985, 772/1027 [Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 368]).

Bu kararın doğru olmadığını da vurgulamak gerekir. Söz konusu kararda **hastaya gerekli tıbbi müdahalede bulunmak hususunda yükümlülükleri olan tabipler, ısrarla çağrılmalarına rağmen, herhangi bir mazeretleri olmaksızın hasta ile ilgili olarak gerekli müdahalede bulunmamışlardır.** Hasta sonuçta kan kaybı nedeniyle ölmüştür. Bu olayda tabiplerin bu ihmali davranışları, yeni TCK'nin 83. maddesi hükmüne istinaden, yani **kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi** dolayısıyla cezalandırılmayı gerektirmektedir.

X'in ölümünün düşüğe bağlı kan kaybının etkisiyle meydana gelmesi, gerekli tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü altında bulunan tabiplerin meydana gelen bu ölüm neticesinden sorumluluğu üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Yargıtay'ın benimsediği aksi anlayış, hukuken tasvip edilmeyen neticenin oluşumu üzerinde etkili olan faktörlerin illi etkisi bakımından derecelendirmeye tabi tutulabileceği ve bunun da sorumluluk üzerinde etkisinin olduğu anlayışına dayanmaktadır. 19. yüzyıl ceza hukukuna damgasını vuran iki anlayışta birini oluşturan bu anlayışın ("Uygunluk teorisi" - "Adaquanztheorie"), günümüz ceza hukukunda geçerliliğinin olmadığı izahatı varestedir.

29. Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 365 vd.; aynı yazar, 11. Ulusal Perinatoloji Kongresi, sh. 112.

30. DÖNMEZER/ERMAN I, no. 612 vd.; ÖNDER, Genel Hükümler II, sh. 105. "Bir kimsenin zararlı sonucu önlemek elinde iken, bunu yapmaması" halinde illiyet bağı vardır: EREM/DANIŞMAN/ARTUK, sh. 286/287.

31. ÖNDER, Genel Hükümler II, sh. 123.

32. MAIWALD, Manfred: *Handeln und Unterlassen - Handeln für einen Anderen (İcra ve İhmal Davranış - Bir Başkası için Hareket Etmek)* (Çeviri: Cumhur Şahin), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereleler, Konya 1998, sh. 143 vd., 159 vd.

33. 9.CD, 30.12.1982, 4226/4456 (Keskin, sh. 28). Yargıtay, benzer olaylarda aynı düşünceye dayalı olarak içtihadta bulunmuştur:

"«Olaydan 29 gün sonra hastahanedeki öldüğü anlaşılan yaralının, Nümune hastanesinde, Dr. H.A. tarafından yapılan muayenesi sonunda; düzenlenen 29.6.1981 günlü "ölü muayene tutanağı"nda ölümün, travma sonucu sağ bacakta açık yara-

nin, ameliyet sonundaki bakımdan enfekte olarak, sepsisten ileri geldiği ve kesin ölüm sebebinin, sepsis olduğu belirtilmiş ve "sepsis'in de, Tıp sözlüğünde mikrop toksinlerinin kana karışmasıyla meydana gelen klinik tablo olarak tanımlanmış olmasına göre; anılan ölü muayene tutanağı ile, diğer ilgili belgelerin Adli Tıp Meclisine gönderilmesi ve ölüm sebebinin kesin olarak saptanması, olayın TCK.nun 455. maddesine mi, yoksa 459. maddesine mi uygun olduğunun açıklattırılması ve sanığın fiilinin ona göre değerlendirilmesi gerekir.": 9.CD, 12.2.1982, 520/709 (Keskin, sh. 249).

«29.5.1987 tarihinde vukua gelen trafik kazasında yaralanıp hastahaneye kaldırılan ve dava açıldıktan sonra 24.12.1987 tarihinde öldüğü anlaşılan FA.nın ölümünün trafik kazasında aldığı yaralar sonucu olup olmadığı zamanında usulen tesbit edilmemiş olduğu cihetle; adı geçene ait hasta tabele ve müşahede kağıtları ve mevcut raporlar Adli Tıp Kurumuna gönderilip bu yolda mütalâa alınması veya gerektiğinde mezar açılarak cesedi üzerinde gerekli bilirkişi incelemesi yaptırılması suretiyle saptanması gerekir.": 2.CD, 5.4.1990, 3162/3698 (Keskin, sh. 243).

Mağdurun «ölümünün trafik (kazası) sonucu olup olmadığı(nın) Adli Tıp Kurumundan sorulup, sonucuna göre sanığın hukukî durumunun (taksirle öldürme suçundan mı yoksa taksirle yaralama suçundan mı sorumlu tutulması gerektiğinin) tayini gerekir.": 2.CD, 12.6.1990, 6009/6589 (Keskin, sh. 242).

34. Örneğin, bir trafik kazası sonucu yaralanarak hastaneye kaldırılan kişinin, travma sonucu sağ bacağına meydana gelen açık yara, ameliyet sonrasındaki tıbbî müdahalenin gerektiği şekilde yapılmaması nedeniyle enfekte olur. Hasta, tıp sözlüğünde mikrop toksinlerinin kana karışmasıyla meydana gelen klinik tablo olarak tanımlanan "sepsis" sonucu ölür.

35. Buna karşılık, başka bir olayda trafik kazası sonucunda yaralanan kişi hastaneye kaldırılmıştır. Ancak, hastanede kendisine gerekli tıbbî müdahalede bulunulmamıştır. Yaralı kişi, hastanede kan kaybı sonucunda ölmüştür. Bu olayla ilgili olarak yapılan yargılama sürecinde görüşüne başvuru olan Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen raporda görevli doktorun tıbbî müdahalede bulunmama şeklindeki fiili ile yaralı hastanın ölümü arasında illiyet bağının bulunmadığı yönünde görüş açıklanmıştır. Yargıtay da, Adli Tıp kurumu tarafından düzenlenen rapordaki bu görüş esas alınarak, sanık doktor hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur (4.CD, 21.2.2001, 94/2276 [Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 362]).

İllyet bağından hareketle sanık tabibin beraati yönünde oluşan bu içtihat, gerekçesi itibarıyla doğru değildir. Bu olayda ceza hukuku sorumluluğu bakımından açıklığa kavuşturulması gereken iki sorun bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, yaralı olarak hastaneye kaldırılan kişiye sanık tabip tarafından gerekli tıbbî müdahalenin yapılmasında ihmalin olup olmadığıdır. Şayet olayda gerekli tıbbî müdahalenin yapılmasında bir ihmalin bulunmadığı kanaatine varılırsa, sanık tabibin ceza hukuku bakımından sorumluluğu cihetine gidilemez ve beraatine karar verilmesi gerekir. Buna karşılık, olayda gerek-

li tıbbî müdahalenin yapılmasında bir ihmalin bulunduğu kanaatine varılırsa, ikinci sorunla karşı karşıya gelinmiş olacaktır. Bu durumda, gerekli tıbbî müdahalede bulunmak hususunda ihmali olan tabibin kasten mi yoksa taksirle mi hareket ettiğini tespit etmek gerekir. Bu tespiti göre, tabibin taksirle öldürme suçundan (TCK, m. 85) veya kasten öldürme suçuna ihmali davranışla sebebiyet vermektir (TCK, m. 83) dolayı ceza sorumluluğu cihetine gitmek gerekir.

Yargıtay, benzer bir olayda şu kararı vermiştir:

"Trafik kazası sonucu hastane acil servisine getirilen ölenin, yapılan ilk müdahaleden sonra yatırıldığı ortopedi servisinde görevli sanık doktor İker ile hemşire Hatice'nin uzun süre geçmesine rağmen zamanında ve yeterli kontrol ve muayene ile ölemlen gelişen klinik bulgulara uygun gerekli müdahaleyi yapmak ya da yapılmasını sağlamaları gerekirken, bunu yapmaması nedeniyle Yüksek Sağlık Şurasının 28.12.2001 tarih ve 10448 sayılı kararı ile ölüm olayında her bir sanığın 4/8 oranında kusurlu bulunduğu belirtilmiş olması karşısında; dosya ile birlikte, ölen ile ilgili tüm raporlar ile hastane kayıt ve belgeleri gönderilmek suretiyle, Adli Tıp Kurumundan sanıkların tedavide kusur veya savsalarının bulunup bulunmadığı, bulunduğu saptandığı takdirde yükletilen savsama niteliğindeki eylemler ile ölüm arasındaki illiyetin belirlenmesine yönelik olarak, **sanıkların kendilerine yasal normlar çerçevesinde yükletilen sorumluluklarını yerine getirmeleri durumunda dahi ölüm olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin görüş alınarak; sanıkların bu yöndeki sorumluluklarını yerine getirmiş olmaları halinde yine de ölüm olayı kaçınılmaz biçimde gerçekleşeceği sonucuna varılması durumunda, eylemlerinin görevi savsama suçunu; ölüm olayının gerçekleşmesinde, sanıkların kendilerine yükletilen sorumluluklarını yerine getirmemelerinin etkili olduğu sonucuna varılması durumunda da taksirle ölüme neden olmak suçunu oluşturacağı ve kusur oranlarına göre cezalandırılmaları gerekeceği gözetilmeden eksik soruşturma ile görevi savsama suçundan hüküm kurulması, yasaya aykırıdır.": 4. CD, 11.2.2004, 1064/2055 (Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 362 vd. Gerekçesi bakımından benzer bir karar için bkz. 2.CD, 24.5.1995, 4916/6186 [Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 363]).**

Söz konusu kararda da, nedensellik bağından hareketle ceza sorumluluğunun izahına çalışılmıştır. Bunun yanı sıra, söz konusu kararda "sanıkların kendilerine yasal normlar çerçevesinde yükletilen sorumluluklarını yerine getirmeleri durumunda dahi ölüm olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin (olarak Adli Tıp Kurumundan) görüş alınması" gerektiği vurgulanmıştır.

Bu gerekçe de hukuken kabul edilemez. Somut olayda, yaralı olarak hastaneye kaldırılan kişiye sanıklar tarafından gerekli tıbbî müdahalenin yapılmasında ihmalin varlığı tespit edildikten sonra, yani neticeyi önlemeye yönelik icraî davranışta bulunma hususunda imkan ve iktidara sahip olmalarına rağmen, sanıkların bu yükümlülüğe aykırı hareket etmiş ve ölüm neticesinin gerçekleşmiş olması halinde, **söz konusu yükümlülüğe uygun davranışta bulunsalardı dahi bu netice gerçekleşecekti** şeklinde bir mantıktan hareketle ceza sorumluluğundan kurtarılmaları yoluna gidilemez.

Ancak, üzülerek belirtmemiz gerekir ki; 17 Ağustos 1999 tarihinde gerçekleşen "Marmara depremi"nde yıkılan binaların enkazında hayatını kaybeden binlerce kişinin ölümü dolayısıyla yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda da, ceza hukuku bilim dalında "profesör" unvanı taşıyan bazı kişilerin düzenledikleri "bilirkişi" raporlarında, söz konusu yanlış mantıktan hareketle, yani bu **binalar tekniğine uygun yapılmış olsalardı dahi gerçekleşen depremin şiddeti karşısında yıkılırlardı** gerekçesiyle, bunları inşa eden müteahhitlerin ceza hukuku bakımından sorumlu tutulmalarını gerektirdiği yönünde görüş beyanında bulunulmuştur.

Bu gerekçeden, Yargıtay'ın ihmali suçlarda illiyet bağını, doğal bir fenomen olarak değil, **varsayım** olarak kabul ettiği sonucunu çıkarmaktayız.

Yargıtay, bu mülâhazayla, tedavi için hastaneye kaldırılan hastanın ölmesi üzerine sanık hekim hakkında yapılan kovuşturmada "zamanında yapılan teşhis ve tedavinin sonucu etkileyip etkilemeyeceği" hususunun da Adli Tıp Kurumundan istenen raporda açıklığa kavuşturulması gerektiği belirtilmiştir: 4.CD, 14.6.2006, 52/12500 (Gökcan, Şükrü Alpaslan Armağanı, sh. 356, 360).

Aslında bu kararlar, hukuk uygulamamızda insan hayatına hak ettiği değer verilmediğinin bir kanıtı oluşturmaktadır.

36. A'nın öldürme kastıyla hareket etmesi halinde ise, A'yı sadece **kasten öldürme suçuna teşebbüs**ten dolayı cezalandırmak gerekir.

37. Buna karşılık, hastaneye kaldırılan B'nin, kendisine gerekli tıbbî müdahalelerin yapılmış olmasına rağmen, ölmesi halinde; A'yı yaralama kastıyla hareket etmişse- **neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçundan** (TCK, m. 87, f. 4) dolayı; öldürme kastıyla hareket etmişse- **tamamlanmış kasten öldürme suçundan** (TCK, m. 81 veya 82) dolayı cezalandırılması yoluna gidilecektir. Çünkü bu durumlarda A'nın fiili ile B'nin ölüm neticesi arasında ceza hukuku bakımından müstakil sorumluluğu gerekli kılan başka bir fiil girmemektedir.

38. HAKERİ, Tıp Hukuku, sh. 112.

39. TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 496.