T.C. Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Tezi

SAĞLIK HAKKI KAPSAMINDA HEKİMİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Süleyman AKKAYA

Danışman

Prof. Dr. Fazıl Hüsnü Erdem

Diyarbakır 2021

T.C. Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Tezi

SAĞLIK HAKKI KAPSAMINDA HEKİMİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Süleyman AKKAYA

Danışman

Prof. Dr. Fazıl Hüsnü Erdem

Diyarbakır 2021

TAAHHÜTNAME

SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Dicle Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğine göre hazırlamış olduğum "Sağlık Hakkı Kapsamında Hekimin Cezai Sorumluluğu" adlı tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve tez yazım kılavuzuna uygun olarak hazırladığımı taahhüt eder, tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım. Lisansüstü Eğitim-Öğretim yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

Süleyman AKKAYA

ÖNSÖZ

İnsanların tam iyilik haline kavuşabilmelerini sağlayan meslek grubu hekimlik mesleğidir. Hekimlik mesleği, son derce zorlu geçen eğitim süreci sonrası icra edilen bir meslektir. Ancak hekimlerin eğitim süreci, tıp fakültelerinde aldıkları eğitimin yanısıra, mezuniyet sonrası meslek içi eğitimlerle de devam etmektedir. Ömür boyu zorlu eğitimleri devam eden hekimlerin, mesleklerini icra ederken sık ilişkide bulundukları hastalarla olan ilişkisi, sağlık hakkı kapsamında çok önemlidir. Ülkemizde hasta hekim ilişlkisini düzenleyen direkt oluşturulan hukuki mevzuatın olmaması da bu ilişkinin daha güven içinde yürümesi önünde engel olmuştur. Çalışmamızda, sağlık hakkı kapsamında hekimlerin ve hastaların hakları ve yükümlülükleri ayrıntılı bir şekilde ele alındı. Sağlık hakkının bir insan hakkı olduğu ve ululslararası belgelerdeki yeri incelendi. Sağlık hakkının ululuslararası boyutuyla yaptırımının olmamasının kötü sonuçları ortaya konulmaya çalışıldı.

Hekimin uygulayacağı tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi için barındırması gereken özellikler yargı kararları ışığında incelendi. Ülkemizde sağlık hukuku kapsamında alınan yargı kararlarında oluşmuş bir konsensüsolmamasının yarattığı olumsuz sonuçlar üzerinde tartışmalar yapıldı. Sağlık hukuku kapsamında yapılacak yargılamaların, mutlaka uzmanlaşmış yargı heyetleri tarafından yapılması gerekliliği üzerinde duruldu. Ayrıca çalışmamızda, sağlık hukuku kapsamında, hekimlerin de kendi sahip oldukları hak ve yükümlülükler hakkında bilgi eksiklerinin olmasının, ortaya çıkan yargılama sayısını artırdığı gerçeği ortaya koyulmuştur. Bu olumsuz tablonun çözümünde en önemli husus; hekimlerin, meslek içi eğitimlerinde sağlık hukuku kapsamında bilgilendirilmeleri ve farkındalıklarının artmasıdır.

Doktora tezimin yazımı aşamasında emeklerini esirgemeyen değerli hocalarım Prof. Dr. Fazıl Hüsnü Erdem, Prof. Dr. Nihat Taşdelen ve Prof. Dr. Ali Ayli'ye teşekkürü bir borç bilirim.

Hukuk Fakültesindeki lisans eğitimime başladığım ilk günden doktora tezimin bitirme aşamasına kadar olan süreçte, değerli zamanlarını çaldığım ve onlarla geçirmem gereken zamanlarda fedekarlık gösteren kıymetli eşim Sevgi Akkaya ve kızlarım Lorin Akkaya, Lavin Akkaya'ya ne kadar çok teşekkür etsem de az kalacaktır.

Süleyman AKKAYA

2021

ÖZET

Tıp bilimi, sürekli gelişen ve değişen bir bilim alanıdır. Bu yüzden, bu bilim dalı ile ilişki içinde bulunan, sağlık hukuku da, bu değişime paralel olarak dinamik bir süreç yaşamaktadır. Bununla birlikte sağlık hizmetlerinin sunucusu olan hekimlerin de, bu sürece, ayak uydurması gerekmektedir. Çalışmamızda, sağlık hizmetlerinden faydalanan insanların, karşılıksız olarak hekimlere olan güvenini, hekimlerin birçok hak ve sorumluluklarının olduğunu ve bunların hukuk alemine yansımalarını ortaya koymaya çalıştık. İnsan hakları boyutuyla, hasta ve hekimlerin haklarının, yargı kararlarınca nasıl algılandığı ve bunların sonuçlarını tartışmaya çalıştık. Çalışmamızda, hekimin ceza hukuku açısından işleyebileceği suçlar incelendi. Hekimlerin cezai sorumlulukları kapsamında, uyguladıkları tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için gereken hukuka uygunluk nedenleri ortaya koyulmuştur. Ülkemizde sağlık hizmetlerinin daha kaliteli hale gelmesi için; hekimin hak ve sorumluluklarının içinde bulunduğu hukuki bir mevzuat ortaya konulması gerekmektedir ve bununla birlikte sağlık hizmetlerinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda, uzmanlaşmış yargı organlarının görev alması gerektiği tespitleri yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sağlık hukuku, Hasta ve Hekimin hak ve sorumlulukları, Malpraktis, Tıbbi Müdahale, Hekimin Cezai Sorumluluğu

ABSTRACT

Medical science is a constantly evolving and changing field of science. Therefore, health law, which is in contact with this branch of science, is experiencing a dynamic process in parallel with this change. However, physicians, who are the providers of health services, also need to keep up with this process. In our study, we tried to reveal the unrequited trust of people who benefit from health services to physicians, the fact that physicians have many rights and responsibilities and their reflections on the legal world. With the dimension of human rights, we tried to discuss how the rights of patients and physicians are perceived by judicial decisions and their consequences. In our study, the crimes that the physician can commit in terms of criminal law were examined. Within the scope of the criminal liability of physicians, the reasons for compliance with the law required for the medical intervention they applied to be in compliance with the law have been revealed. In order to improve the quality of health services in our country; It is necessary to put forward a legal legislation that includes the rights and responsibilities of the physician, and it has been determined that specialized judicial bodies should take part in disputes that may arise in health services.

Keywords: Health law, Rights and responsibilities of the patient and physician, malpractice, Medical Intervention, Physician's Criminal Liability.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ I

ÖZET III

ABSTRACT IV

İçindekiler V

KISALTMALAR XIII

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARININ TARİHSEL DEĞERLENDİRİLMESİ

1.1. HAK KAVRAMI 5

1.1.1. Hak Kavramının Tanımı 5

1.2. İNSAN HAKLARI 6

1.2.1. İnsan Hakları Kavramı 6

1.2.1.1. İnsan Haklarının Bireysellik Özelliği 7

1.2.1.2. İnsan Haklarının Doğuştan Olma Özelliği 8

1.2.1.3. İnsan Haklarının Evrensel Olma Özelliği 8

1.2.1.4. İnsan Haklarının Devredilemez ve Vazgeçilemez Özelliği 9

1.2.2. İnsan Haklarının Sınıflandırılması 9

İKİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARINDAN OLAN SAĞLIK HAKKI

2.1. SAĞLIK 12

2.1.1. Sağlık Kavramının Tanımı 12

2.2. SAĞLIK HAKKI 13

2.2.1. Sağlık Hakkı Kavramı 13

2.2.2. Uluslararası Boyutuyla Sağlık Hakkının Açıklanması 15

2.2.3. Ulusal Boyutuyla Sağlık Hakkının Açıklanması 19

2.3. ULUSLARARASI BELGELERDE SAĞLIK HAKKI 21
2.3.1.Birleşmiş Milletler Dünya Sağlık Örgütü 21
2.3.2.İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi 22
2.3.3. Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi 24
2.3.4. Avrupa Sosyal Şartı 25
2.3.5. Amerikan İnsan Hakları Bildirisi 26
2.3.6. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı 27
2.4. ULUSAL BELGELERDE SAĞLIK HAKKI 27
2.4.1. Anayasamızda Sağlık Hakkı 27
2.5. AİHM KARARLARINDA SAĞLIK HAKKI 30

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HASTA VE HEKİM HAKLARI

3.1. HASTA HAKLARI 38
3.1.1. Hasta Hakları Tarihsel Gelişimi 38
3.2. ULUSLARARASI BELGELERDE HASTA HAKLARI 41
3.2.1. Lizbon Bildirgesi (Hasta Hakları Bildirgesi-1981) 41
3.2.2. Amsterdam Bildirgesi (Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi -1994) 42
3.2.3. Bali (1995) ve Santiago (2005) Bildirgeleri 42
3.3. ANAYASA VE KANUN BOYUTUYLA HASTA HAKLARI 43
3.3.1. Anayasal Düzlemde Hasta Hakları 43
3.3.2. Kanun Boyutuyla Hasta Hakları 45
3.4. HASTA HAKLARI YÖNETMELİĞİ 46
3.4.1. Genel Olarak 46
3.4.2. Sağlık Hizmetlerinden Faydalanma Hakkı 48
3.4.2.1. Bilgi İsteme 49

3.4.2.2. Sağlık Kuruluşunu Seçme ve Değiştirme 50
3.4.2.3. Personeli Tanıma, Seçme ve Değiştirme 50
3.4.2.4. Öncelik Sırasının Belirlenmesini İsteme 51
3.4.2.5.Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı ve Ötenazi yasağı 51
3.4.3. Sağlık Durumu İle İlgili Bilgi Alma Hakkı 52
3.4.4. Hasta Haklarının Korunması 52
3.4.4.1. Mahremiyete Saygı Gösterilmesi 52
3.4.5. Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızası 53
3.5. HEKİM HAKLARI 57
3.5.1. Genel Olarak 57
3.5.2. Hekimin Sağlık Hizmeti Sunduğu Kişi ve Topluma İlişkin Hakları 58
3.5.3. Hekimin Çalıştığı, Sağlık Hizmetinin Üretildiği, Sunulduğu Ve Finanse Edildiği Kurumlara İlişkin Hakları 60
3.5.4. Hekim Haklarının Tanımlanması 61
3.5.4.1. Sağlıklı ve Güvenli Bir Ortamda Çalışma Hakkı 61
3.5.4.2. Hekimlerin Mesleki Bilgi ve Becerisini Geliştirmesi 62
3.5.4.3. Hekimin Etik İlkelere Bağlı Olma Hakkı 64
3.5.4.4. Hekimin Mesleki Bağımsızlığını ve Özerkliğini Koruma Hakkı 65
3.5.4.5. Hekimin Hasta Seçme Hakkı ve Hizmetten Çekilme 66
3.5.4.6. Hekimin Danışma Hakkı 68
3.5.4.7. İyileşme Garantisi Vermeme Hakkı 69
3.5.4.8. Hekimin Yönetsel Süreçlere Katılma Hakkı 70

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE

4.1. TIBBİ UYGULAMAYI GERÇEKLEŞTİREBİLECEK YETKİLİ KİŞİLER ... 72
4.2. AYDINLATILMIŞ ONAM 75

4.2.1. Aydınlatma 75
4.2.1.1. Aydınlatma Yükümlülüğünün Hukuksal Temelleri 76
4.2.1.2. Aydınlatma Yükümlülüğünün Tarafları 82
4.2.1.3. Aydınlatma Yükümlülüğünde Zaman 83
4.2.1.4. Aydınlatma Yükümlülüğünde Kapsam 84
4.2.1.5. Aydınlatmanın Usülü 85
4.2.1.6. Aydınlatma türleri: 86
4.2.1.6.1.Tedavi Aydınlatması 87
4.2.1.6.2. Karar Aydınlatması 88
4.2.1.6.3. Risk Aydınlatması 89
4.2.1.7. Aydınlatmanın Mümkün Olmadığı Durumlar 90
4.2.1.8. Aydınlatma Zorunluluğun Bulunmadığı Durumlar 91
4.2.1.8.1. Aydınlatmadan Vazgeçme 91
4.2.1.8.2. Hastanın Bilgisinin Bulunması 91
4.2.1.8.3. Aydınlatmanın Olumsuz Etkide Bulunması 92
4.2.1.8.4. Acil Durumlar 92
4.2.1.9. Hukuka Aykırı Yapılan Aydınlatmanın Sonuçları 93
4.2.2. Rıza 94
4.2.2.1. Rızanın Şekli 96
4.2.2.2. Rıza Verme yetkisi 97
4.2.2.3. Rızanın Kapsamı 101
4.2.2.4. Rızanın Aranmadığı Haller 102
4.2.2.5. Rızayı Sakatlayan Haller 114
4.2.2.6. Aydınlatılmış Rıza formları ve Etkileri 115
4.3. TIBBİ MÜDAHALENİN BİLİMSEL VERİLERLE YAPILMASI 118
4.3.1. Tıbbı Müdahalenin Tıbben Gerekli Olması 118

4.3.2.Tıbbi Müdahalenin Objektif Bilimsel Veriler Işığında Yapılması 119
4.4. TIBBİ MÜDAHALE TÜRLERİ 120
4.4.1. Tanıya Yönelik Tıbbi Müdahaleler 120
4.4.2. Tedaviye Yönelik Tıbbi Müdahaleler 120
4.4.3. Koruma Amaçlı Tıbbi Müdahaleler 121
4.4.4. Hukuki İşlemlerin Gerçekleştirilmesi Amacıyla Yapılan Tıbbi Müdahaleler 121
4.4.5. Özellikli Tıbbi Müdahaleler 122
4.4.5.1. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleler 122
4.4.5.2. Organ ve Doku Nakilleri 123
4.4.5.2.1. Ölüden organ ve doku alınması 124
4.4.5.2.2. Canlılardan Organ ve Doku Alınması 128
4.4.5.3. Gebelik Sonlandırılması 129
4.4.5.4. Sterilizasyon ve Kastrasyon 130
4.4.5.5. Cinsiyet Değişikliklerine Yönelik Tıbbi Müdahaleler 132
4.4.5.6. Üremeye yardımcı olmak için yapılan tıbbi müdahaleler 133
4.4.5.7. Araştırma ve Deneme Amaçlı Tıbbi Müdahaleler 136
4.5. HATALI TIBBİ MÜDAHALELER 140
4.5.1. Tıbbi Standart 141
4.5.2. Tıbbi Uygulama Hataları 143
4.5.2.1. Teşhis Hataları 144
4.5.2.2. Tedavi Hataları 146
4.5.2.3. Yönetim Organizasyonuyla İlgili Hatalar 147

BEŞİNCİ BÖLÜM

HASTA HEKİM İLİŞKİSİNDE HEKİMİN SORUMLULUĞU

5.1. HEKİMLERİN ÖZEL HUKUK BAĞLAMINDA SORUMLULUĞU 149

5.1.1. Hastanın Doğrudan Serbest Çalışan Hekime Başvurması 150
5.1.1.1. Hasta Hekim ilişkisinin Sözleşme Boyutu 150
5.1.1.1.1. Sözleşmenin Taraflarının Serbest Çalışan Hekimler Ve Hasta Olarak Belirlenmesi 152
5.1.1.1.2. Hekimin Tıbbî Müdahale Amaçlı Edimleri Üstlenmesi 152
5.1.1.1.3. Hekimin Edim Borcunu Hastanın Adına Yapması Ve Riske Katlanmaması 153
5.1.1.1.4. Hastanın Ödeyeceği Bedelin Belirli / Belirlenebilir Olması 153
5.1.1.1.5. Hasta İle Hekimin Anlaşması 153
5.1.1.2. Hekimin Sözleşmeden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu 154
5.1.1.2.1. Hasta Hekim Arasında Sözleşmenin Varlığı 155
5.1.1.2.2. Hekimlik Sözleşmesinin İhlali 156
5.1.1.2.3. Hekimin Tıbbi Meslek Kusuru 157
5.1.1.2.4. Zarar 158
5.1.1.2.5. Uygun İlliyet Bağı: 159
5.1.1.3. Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu 160
5.1.1.3.1. Haksız Fiil 160
5.1.1.3.2. Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Dolayı Sorumluluğu 162
5.1.1.3.3. Eser Sözleşmesinden Dolayı Hekimin Sorumluluğu 164
5.1.2. Özel Sağlık Kuruluşlarında Sağlık Hizmeti Veren Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu 166
5.1.3. Kamu Sağlık Kuruluşlarında Çalışanın Hukuki Sorumluluğu 169

ALTINCI BÖLÜM

HEKİMLERİN CEZAİ SORUMLULUĞU

6.1. CEZA HUKUKU 171
6.1.1. Genel Olarak 171
6.1.2. Suç Kavramı ve Unsurları 174

6.1.2.1. Suçun Tipikliği 175
6.1.2.2. Hukuka aykırılık 175
6.1.2.3. Suçta Kusurluluk 176
6.2. CEZA HUKUKU AÇISINDAN HEKİMLERİN İŞLEYEBİLECEĞİ SUÇLAR 181
6.2.1. Kasten Öldürme İle Kasten Yaralama Suçları Bakımından Hekimin Cezai Sorumluluğu 181
6.2.1.1. Kasten Öldürme Suçu Bağlamında Ötenazi 184
6.2.1.1.1. Ötenazi Türleri 186
6.2.2. Taksirle Ölüme Neden Olma ve Taksirle Yaralama Suçları Bakımından Hekimlerin Cezai Sorumluluğu 189
6.2.3. İnsan Üzerinde Deney Suçunda Bakımından Hekimlerin Cezai Sorumluluğu 194
6.2.4. Organ ve Doku Ticareti Suçu Bakımndan Hekimin Cezai Sorumluluğu 198
6.2.4.1. Yaşayan Kişiden Rızasına Aykırı Olarak Organ veya Doku Alma Suçu 200
6.2.4.2. Ölüden Hukuka Aykırı Şekilde Organ veya Doku Alma Suçu 203
6.2.4.3. Organ veya Doku Satın Alma, Satma, Satılmasına Aracılık Etme Suçu 206
6.2.5. Çocuk Düşürtme Suçu Bakımından Hekimin Cezai Sorumluluğu 211
6.2.6. Genital Muayenesi Kapsamında Hekimin Cezai Sorumluluğu 219
6.2.7. Hekimlerin Suçu Bildirmeme Suçu Kapsamında Cezai Sorumluluğu . 223
6.2.8. Hekimlerin Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Açıklanması Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu 230
6.2.9. Hekimlerin Belgede Sahtecilik Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu 238
6.2.9.1. Belgenin Unsurları 240
6.2.9.2. Belge Türleri 244

6.2.9.2.1. Resmi Belge 245
6.2.9.2.2. Resmi Belge Hükmündeki Belgeler 248
6.2.9.2.3. Özel Belgeler 250
6.2.9.3. Resmi Belgede Sahtecilik Suçununu Müşterek Unsurları 250
6.2.9.3.1. Zarar Verme Olasılığının Bulunması 250
6.2.9.3.2. Aldatma Yeteneğinin Varlığı 252
6.2.9.4. Resmi Belgede Sahtecilik Suçu 252
6.2.9.4.1. Özel Kişinin Faili olduğu Resmi Belgede Sahtecilik Suçu 253
6.2.9.4.2. Kamu Görevlisinin Resmi Belgede Sahtecilik Suçunda (204/2) Fiil Öğesi 255
6.2.10. Hekimlerin İrtikap Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu 257
6.2.10.1. İcbar Suretiyle İrtikâp Suçu 258
6.2.10.2. İkna Suretiyle İrtikâp 265
6.2.10.3. Hata Suretiyle İrtikâp Suçu 266
6.2.11. Hekimlerin Rüşvet Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu 270
6.2.12. Hekimlerin Görevi Kötüye Kullanma Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu 279
6.2.12.1. Görevlerinin Gereklerine Aykırı Hareket Etmek 286
6.2.12.2. Görevlerinin Gereklerini Yapmakta İhmal Veya Gecikme Göstermek 287
SONUÇ 292
KAYNAKÇA 298

KISALTMALAR

AİHK.	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHS.	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ASŞ.	Avrupa Sosyal Şartı
BM.	Birleşmiş Milletler
CD.	Ceza Dairesi
CMK.	Ceza Muhakemeleri Usulu Kanunu
DEÜ.	Dokuz Eylül Üniversitesi
DÜHFD.	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DSÖ.	Dünya Sağlık Örgütü
Esam.	Ekonomik Ve Sosyal Araştırmalar Merkezi
ESKHS.	Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Sözleşmesi
ESKHSK.	Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Sözleşmesi Komitesi
HIV.	Human ImmunodeficiencyVirus
İÜHFM.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
MÜHF – HAD.	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kukuk Araştırmaları Dergisi
NPHK.	Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu
ODASANHK.	Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun
SDÜHFD.	Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBB.	Türkiye Barolar Birliği
TDK.	Türk Dil Kurumu
TTB.	Türk Tabiler Birliği
TCK.	Türk Ceza Kanunu
TBK.	Türk Borçlar Kanunu

YCGK.	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
Bkz.	Bakınız
S.	Sayfa
m.	Madde

GİRİŞ

Hekimlik, çok yüksek riskli bir meslek grubudur. Hekimlik mesleğini önemli kılan unsur; hekimlerin uğraş içerisinde olduğu materyalin, insan olmasıdır. Hekimin görevi; insanın biyolojik, psikolojik ve sosyolojik olarak tam iyilik haline gelebilmesi için her türlü fedekarlığı göstermektir. Hekim, görevini yerine getirirken, uyguladığı tıbbi müdahalelerle, hastanın yaşam hakkı ile çok sıkı ilişki içerisine girmektedir.

Uluslararası anlaşmalar ve Anayasamız ile sıkı koruma altına alınan ve mutlak haklardan olan, yaşam hakkının korunması boyutuyla, hekimlere, birtakım görevler düşmektedir. Anayasamızın 17. maddesinde *"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"* şeklinde yer alan yaşam hakkı ile ilgili düzenlemede de; yaşam hakkının mutlak olduğu ve ona zarar verilemeyeceği anlaşılmaktadır, ancak bunun istisnası olarak da tıbbi müdahale boyutuyla tıbbi zorunluluklar söz konusu olmaktadır. Doğal insan haklarından olan ve yaşam hakkı ile ilişkili olan vücut dokunulmazlığı hakkı için tıbbi müdahaleler istisna hale gelmiştir. Yaşam ve sağlık hakkı, iç hukuk düzenlemeleri ve uluslararası anlaşmalar ile sıkı koruma altına alınmıştır. Bu haklara verilecek zarar, kimden gelirse gelsin, mutlaka cezalandırılması gerekecektir. Hekimler, insanların tam iyilik halinde olabilmeleri için tıbbi müdahalelerde bulunurlar. Ancak hekimler, tıbbi müdahalelerde bulunurken, bazen başarılı, bazen de başarısız olabilmektedir. Hekim açısından önemli olan husus, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olup olmadığıdır. Hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygun kabul edilebilmesi, hekimin dikkat ve özen yükümlülüğü içerisinde, hastanın aydınlatılmış onamının alındığı ve objektif

bilimsel veriler eşliğinde geçen bir süreç dahilinde yapılmasına bağlıdır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için, hukukun, hekimlere birtakım yükümlülükler yüklediği görülmektedir. Hekimlerin, hastalarına tıbbi müdahalede bulunurken, yukarıda saydığımız yükümlülüklerinin dışına çıkması, tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecek, hekimin hukuki ve cezai olarak sorumlu olmasına neden olacaktır. Tıbbi müdahaleler esnasında yapılan eylemler sonucunda, hekimin özel hukuk, ceza hukuku ve idare hukuku bakımından olmak üzere üç farklı sorumluluğu doğabilecektir.

Teknolojinin gelişmesiyle, her geçen gün tıbbi müdahale türleri, sayıca artmakta ve daha çok karmaşık hale gelmektedir. Bu boyutuyla da hekimlere, daha çok sorumluluk yüklenmektedir. Teknoloji ve bilimsel çalışmalarda ilerlemeler yaşansa bile hekimler, tıbbi müdahalelerde bulunurken, birçok sebeple hastaya zarar verebilmektedir. Bu yüzden, tıp bilimin mücadele ettği en önemli konu, tıbbi uygulamalardan doğacak zararların önlenmesi olacaktır. Ancak tıp bilimin gereklerinin yerine getirilmesine rağmen, zaman zaman hasta açısından, zarar doğabilmektedir. Bu aşamadan sonra, bu zarardan sorumlu olan kişiler hakkında gerekli hukuki ve cezai işlemlerin yapılması için, yargıya görev düşmektedir.

Hekimlerin, icrai, ihmali, kast veya taksirli davranışları sonucunda; tıbbi müdahale amaçlı hekime başvuran hastalar zarar görebilmektedirler. Zararın, yargı erkleri tarafından değerlendirilmesi aşamasında, ilk bakılması gereken; tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan şartların var olup olmadığı olmalıdır. Bunun için de yargı mensupları, bu alanda uzman olan bilirkişilerden yardım almalıdır.

Ayrıca çalışmamızda, hekimin tıbbi müdahalesi boyutuyla izin verilen risk ve komplikasyonlar açısından sorumluluğu üzerinde duracağız. Çünkü bilirkişilerce hastaya verilen zarar konusunda ilk araştırılacak konu, zararın bir komplikasyon mu yoksa hekimin sorumluluğunu yerine getirmemesi sonucu oluşan bir zarar olup olmadığı olacaktır. Sonuçta hekim, hastaya iyileştirrme garantisi veremeyecektir. Hem dentolojik hem de hukuki olarak iyileştirme garantisi veremeyen hekim, zaman zaman komlikasyon olarak anılan izin verilen risk olarak da adlandırılan zararlara da neden olabilecektir. Bu durumda hekimin herhangi bir sorumluluğu olmayacaktır.

Çalışmamızda, öncelikli olarak hekimin cezai sorumluluğu işlenecektir. Ancak hekimin cezai sorumluluğu ele alınmadan önce, ceza hukuku ile sıkı ilişki içinde bulunan özel hukuk bağlamında, hekimin hukuki sorumluğuna, kısaca değinilecektir. Çünkü hekimin hastasına uyguladığı tıbbi müdahalenin, hukuka aykırı olması ile oluşacak zarar, öncelikle özel hukuk bağlamında değerlendirilmelidir. Hekimin özel hukuk bağlamında, hukuki sorumluluğu; hekimin uyguladığı tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığı, kusur, zarar, illiyet bağı unsurlarının ortaya çıkması ile oluşacaktır. Hekim, bu unsurların birlikte oluşması ile özel hukuk bağlamında sorumlu tutulacaktır.

Çalışmanın ilk bölümünde haklar boyutuyla, insan hakları içerisinde yer alan sağlık hakkı, değerlendirilmeye çalışılmıştır. Nitekim sağlık ve sağlık hakkı irdelenmeden, hasta ve hastalık kavramlarının tam anlaşılamayacağı kanaatineyiz. İnsan hakları boyutuyla yapılan değerlendirmelerden sonra, hasta hakları ve hekim hakları konusunda, birtakım kavramlar üzerinde durulacaktır. Hekim ve hastanın tıbbi müdahale esnasında, karşılıklı olarak, birbirilerine karşı sorumluluklarının ve haklarının olduğu ortaya konularak, bu ilişkinin sağlıklı yürütülebilmesi için gerekenler konusunda değerlendirmeler yapılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, tıbbi müdahale kavramı ele alınmış olup, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren unsurlar genişçe değerlendirilmiştir. Yapılan açıklamalarla, tıbbi müdahalenin; tıp mesleğini icraya yetkili bir kişinin tedavi,teşhis,hastalıklardan koruma amacına yönelik doğrudan ya da dolaylı olarak hasta için gerçekleştirdiği her türlü faaliyeti olarak anlaşılmaktadır. Tıbbi müdahaleden anlaşılan, sağlık personelinin sadece hastaya yönelik fiziksel hareketleri değildir. Aynı zamanda tıbbi müdahaleyi, hastanın psikolojik ve sosyolojik olarak iyi olma halini etkileyebilecek tüm hal ve hareketleri olarak görmenin daha doğru olacağı üzerinde durulmuştur. Bu bölümün son aşamasında, hekimin hastasına uygulayacağı tıbbi müdahale türleri üzerinde ayrıntılı değerlendirmeler yapılmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için gerekli olan aydınlatılmış onam kavramı ele alınmıştır. Aydınlatılmış onamın,

hasta hakları bağlamında önemi üzerinde durularak nasıl ve ne zaman alınması gerektiği ortaya konulmuştur.

Çalışmanın son bölümünde ise hekimin hukuki sorumluluğuna kısaca değinildikten sonra; hekimin faili olabilecek, kasten veya taksirle işleyebileceği suçlar incelenmiştir. Hekimin cezai sorumluluğunun, toplumda yer alan diğer kişilerin cezai sorumluluklarından farklı bir bakış açısı ile ele alınması gerektiği üzerine tartışmalar yapılmıştır; çünkü bu konuda yapılacak ceza yargılamasında; hem hukuki, hem de teknik anlamda uzmanlık gerektiren karmaşık vakalar izlenmektedir. Hekimin cezai sorumluluğu bağlamında, suçlar irdelenirken, birçok faktör göz önünde bulundurulmalıdır; sorumluluğun sınırları, sorumluluğu kaldıran nedenler; hastalığın niteliği, tıbbi müdahalenin özelliği, gerekliliği ve aciliyeti gibi. Bu yüzden, hasta hekim ilişkisi bağlamında, ceza yargılaması ile ilgili olarak daha spesifik kanuni düzenlemelerin olması gerektiği konusunda farklı çözümler sunulmaya çalışılmıştır.

Ülkemizde, hekimlerin ve yargı mensuplarının, tıp hukukuna olan ilgisi her geçen gün artmaktadır. Ancak tıp hukuku denilince, ilk akla gelen malpraktis kavramı olmaktadır. Oysaki tıp hukuku; hasta hakları, hekim hakları, insan hakları, sağlık hakkı gibi birçok kavramı içerisinde barındıran multidisipliner bir bilim alanıdır. Tıp hukuku denildiğinde, sadece hasta ve hekim akla gelmektedir. Oysaki bu kavramlarla birlikte; hasta ve hekim ilişkisinin kurulduğu ortam, tıbbi müdahale türleri, uygulanan ilaçlar, teknolojik gelişmeler gibi birçok boyut karşımıza çıkacaktır. Ülkemizde tıp hukuku alanında uzmanlaşma olmamasının yarattığı kötü sonuçlar ile yapılacak tıbbi müdahalelerin de niteliğinin zayıfladığı görülmektedir. Bu yüzden, bu alanda spesifik hukuki mevzuat geliştirmenin, insan sağlığı açısından zorunlu olduğu, bu çalışmayla ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu yüzden, sağlık politikalarının insanın sağlık olarak tam iyilik haline kavuşması amacını barındırması gerekmektedir. Tıp hukuku ülkemizin sağlık politikalarının belirlenmesi aşamasında önemli bir unsur haline gelmelidir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARININ TARİHSEL DEĞERLENDİRİLMESİ

1.1. HAK KAVRAMI

1.1.1. Hak Kavramının Tanımı

İnsanlar, içinde yaşadığı toplumun hem kaynağı, hem de yapıtaşıdır. Dolayısıyla insanı; tek başına, kendi iradesiyle hareket edebilme yeteneğine sahip bir varlık olarak değerlendirmek eksik kalacaktır, çünkü insan toplumun içinde yaşam bulan bir varlıktır. Bu yüzden, bir varlık olan insan için yapılacak değerlendirmeler, içinde yaşadığı toplum ile beraber yapılmalıdır. Toplumsal yapı, insanların gereksinimlerine göre bir düzen oluşturmuştur. Toplum içerisinde oluşan bu düzen, her geçen gün insanların isteklerine göre daha kompleks bir yapı haline gelmektedir. Daha karmaşık bir yapı haline gelen toplum, kendi iç düzenini daha sağlam hale getirmek için kendisine ve birey olarak insana özel yetkiler ortaya koymuştur. Oluşan toplum düzeni içerisinde yer alan insanlar, bu yapının sarsılmaması adına, kendisine tanınan haklar ile birtakım sınırlamaları kabul etmiştir. Birey olarak insan ile toplum arasında kurulan sözleşmeye toplumsal sözleşme denilmektedir. Toplumsal sözleşme ile hak ve yetki kavramları daha olgun hale gelmiştir. Bu sözleşme; yönetenlere birtakım yetkiler, yönetilenlere de çeşitli haklar vermiştir. İnsan ile toplumun etkileşimi sonucu ortaya çıkan hak kavramı ile beraber yönetenler, insanların doğuştan var olan bir takım haklarını tanımaya başlamışlardır. Toplum düzeni tarafından tanınan haklar, toplumdan topluma değişmekle beraber; aynı zamanda farklı süreçlerle evrimleşmiştir. Değişen toplumsal ihtiyaçlara ayak uyduramayan toplum düzeni, ortaya çıkacak olan yeni insan hakları tanımlamalarını korumakta yetersiz kalacak ve bunun sonunda kaotik bir ortam oluşacaktır. Bu yüzden, hak kavramını tanımlamak için kurulacak statik cümleler yetersiz kalacaktır.

Dolayısı ile hak kavramının içeriği de kendisi gibi dinamik bir süreçten geçip daha zengin hale gelebilmektedir.

Hak, toplum sözleşmesi ile oluşan hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan yetkiler şeklinde tanımlanabilir[1]. Bir diğer bakış açısı ile hak; *"bir şeyi istemeye yetkili olma veya bir şeyi meşru olarak talep edebilme yetkisi"* olarak ortaya konulabilir[2]. Ortaya konulan hak kavramını, hukuk kavramından çok ayrı düşünmemek gerekir.*"Hukuk bir bina ise haklar da bu binayı ayakta tutan kolonlardır"*[3]. Hak ve hukuk kavramları birçok alanda birbirine eşdeğer anlamda kullanılmaktadır; ancak hukuku, hakların bütününe verilen isim olarak adlandırmak daha isabetli olacaktır. Özetle, hak kavramının barındırması gereken nitelikler şunlardır; toplum düzeni tarafından izin verilen bu hakkın kullanılabilme yetkisi, insan tarafından bu hakkın talep edilebilmesi ve hukuk düzeni tarafından, bu hakların uygulanması esnasında çıkacak engellere karşı yapılabilecek hukuki yaptırımlardır.

1.2. İNSAN HAKLARI

1.2.1. İnsan Hakları Kavramı

İnsan hakları düşüncesi; bireyi devletlere karşı korumak amacıyla ortaya konulmuş, devletin yetkilerinin sınırlandırılması gerekliliğine inanan doğal hukuk öğretisinin ürünüdür. İnsan hakları kavramı, ikinci Dünya Savaşından sonra yaygın olarak kullanılmış olmasına rağmen, insan haklarının varoluşu, doğal hukuk kavramının ortaya çıkışıyla beraberdir. Doğal hukuk savunucularına göre; insanlar, topluluk haline gelmeden önce yani toplum sözleşmesini oluşturmadan önce, insan olmaları nedeniyle birtakım insan haklarına sahiptirler. Ortaya konulan toplum sözleşmesi ile beraber varolan doğal hakların kapsamı, bu sözleşme ile netleşmeye başlamıştır.Yani hak ve özgürlükler, Devletlerin hukuk normları ortaya koyduğu ölçüde varolmaya devam etmiştir.

---

[1] KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku 1, İmge Yayınevi, Ankara, 2013, s. 12.

[2] Mustafa, Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2014, s. 140.

[3] Anıl, Çeçen, **İnsan Hakları**, Astana Yayınları, Ankara, 2020, s.24.

Yasaların üstünlüğü yaklaşımının savunucularından Montesquieu, özgürlüğü, *"yasaların izin verdiği her şeyi yapma hakkı"* diğer bir anlatımla *"yasalarca yasaklanmamış her şeyi yapabilme"*[4] olarak ifade ederken; 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi 4. maddesinde ise özgürlük,*"başkalarına zarar vermeyen her şeyi yapabilme"*[5] olarak tanımlanmıştır. Özgürlük kavramı ile insan hakları kavramı her ne kadar birbiri yerine kullanılsa da aslında insan hakları, özgürlüğü de içine alan çok daha geniş bir kavramdır. İnsan hakları kavramı açıklanırken, çok geniş tanımlamalar yapılmaktan genelde kaçınılmaktadır. Ulusal ve uluslararası belgelerde, insan hakları tanımı birtakım sınırlamalarla daraltılmıştır. Ancak, çeşitli zamanlarda, insan haklarının sayısı ve çeşitliliği, içinde bulunulan süreçle ilgili olarak dinamik bir şekilde artmaya devam etmiştir. Özellikle II.Dünya savaşı sonrasında, insan hakları kavramının önemi daha çok anlaşılmaya başlanmıştır. Bu yüzden, insanlar çeşitli arayışlar içine girmiş ve insan hakları kavramının daha geniş ve daha belirgin olmasını sağlamışlardır. İnsanın sırf insan olması nedeni ile doğuştan gelen birtakım haklarını insan hakları olarak değerlendirmek, bu kavram ile ilgili oluşacak belirsizliği de ortadan kaldıracaktır. Burada asıl sorulacak soru, insan haklarının temelinde ahlaki bir köken mi? Yoksa hukuki bir köken mi var? İnsan haklarının ahlaki bir kökten beslenmesi, insan hakkı kavramını daha güçlü hale getirecektir. Ancak insan haklarının korunması açısından ise hukuki kök önemli olacaktır. Bu yüzden insan haklarının temel özelliklerinden bahsetmek yerinde olacaktır:

1.2.1.1. İnsan Haklarının Bireysellik Özelliği

İnsan hakları, genel olarak tanımlandığı gibi, insanın sırf birey olmasından kaynaklanan haklardır. İnsanlar, bir araya gelerek topluluklar veya grupları meydana getirebilirler; ancak bu toplulukların, insanların sahip oldukları, insan haklarına sahip olması, insanın en önemli özelliği olan düşünebilen bir varlık olması niteliğine ters düşmektedir[6]. Bu yüzden, insanların bir araya gelerek oluşturduğu kolektif yapılar,

---

[4] Montesquieu, "Kanunların Ruhu (Çev. Fehmi Baldaş)", **Toplumsal Dönüşüm**, İstanbul, 1998, s.169.

[5] Ayferi, Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 574.

[6], Mustafa, ERDOĞAN, " İnsan Haklarına Kavramsal Bir Yaklaşım", **Liberal Düşünce,** Güz 1998,s.10.

ancak kendisini oluşturan bireylerin sırf insan olmaları nedeniyle sahip oldukları insan haklarından faydalanabileceklerdir. Bu duruma örnek olarak, İnsan Hakları Beyanemesinin 17.maddesinde yer alan *"Herkesin tek başına veya başkalarıyla ortaklaşa mülkiyet hakkı vardır"* şeklindeki açıklama verilebilir.

1.2.1.2. İnsan Haklarının Doğuştan Olma Özelliği

Bir insanın insan haklarına sahip olması için, doğmuş olmasından başka bir özelliğe sahip olmasına gerek yoktur. Doğal hukuk anlayışı, hak ve özgürlük tanımını doğuştan gelen birtakım çekirdek haklara dayandırır. Bunu da insan hakları olarak tanımlar. Diğer taraftan başka bir insan hakları yaklaşımı olan Pozitif hukuk savunucuları ise; hakları, yasalarca tanınan yetki olarak kabul ederler[7]. Farklı dönemlerde, insanların farklı taleplerine karşılık olarak, insan haklarının nitelik olarak sayısı daha çok artmaktadır. Doğuştan gelen insan hakları, insanların topluma daha çok entegre olmasıyla birlikte sayıca daha çok artacaktır. Bu yüzden, insan haklarını, sadece doğuştan gelen ve statik kalan haklar olarak değerlendirme yapmak eksik bir değerlendirme olacaktır; çünkü insan hakları dinamik bir süreç içerisinde değişime uğramaya devam edecektir.

1.2.1.3. İnsan Haklarının Evrensel Olma Özelliği

İnsan haklarının en ayırdedici özelliği, insanın doğuştan gelen, sırf insan olması nedeni ile sahip olduğu haklar olmasıdır. İnsan haklarının doğuştan olma özelliği, beraberinde bu hakların evrensel olmasını da zorunlu kılmaktadır. Bu özellik, insanların *"ırk, dil, din, milliyet, yaş, engellilik vb."*gibi farklılıklarının olmasına rağmen her yerde ve her zaman kullanabileceği temel haklarının olduğunu bize göstermektedir. I. ve II. Dünya savaşlarından sonra, milyonlarca insanın ölmesi ve daha sonra totaliter rejimlerin oluşması ile insanların en temel haklarının bile iddia edilemediği süreçler, insan haklarının evrensel olması gerektiğine olan inancı pekiştirmiştir[8].

---

[7] Anıl, Çeçen**, İnsan Hakları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.36-37.

[8] A.Vahap, Coşkun, **"İnsan Hakları ve Liberalizm"** Yüksek Lisans Tezi, 2001, s.54.

1.2.1.4. İnsan Haklarının Devredilemez ve Vazgeçilemez Özelliği

İnsan hakları, insanın doğuştan sırf insan olduğu için sahip olduğu haklar olması nedeni ile kişiye sıkı sıkıya bağlıdır. Bu yüzden bu haklar bir başkasına devredilemez. Zaten, doğumla beraber hak ettiğimiz insan hakları bu yönüyle vazgeçilemez olduğunu da ortaya koymaktadır.

1.2.2. İnsan Haklarının Sınıflandırılması

17. ve 18. Yüzyılda, Doğal hukuk öğretisi ile oluşan insan haklarının; süreç içerisinde sürekli bir gelişim ve değişim halinde olduğunu, insanların farklılılaşan ihtriyaçlarına paralel olarak da bu değişimin de hız kazandığını görmekteyiz. Doğal hukuk öğretisiyle, ortaya konan insan hakları anlayışında; bireyin insan olmasıyla ve hatta daha toplum oluşmadan bireyin mutlak, devredilemez, evrensel birtakım haklarının olduğu savı ortaya konulmaktadır. Bu düşünce ile ortaya konulan İnsan hakları kavramının amacı, bireyin özgürlüklerini kullanabilmesi ve bireyi devlete karşı korumaktır. Doğal hukuk öğretisiyle, ortaya konulan insan hakları kavramı, zaman içerisinde insanların genişleyen ihtiyaçlarına cevap verememiş ve insan haklarının kategorize edilip, daha çok sınıflara ayrılmasına neden olmuştur. Bu yüzden, bilimsel çevrelerce çeşitli insan hakları sınıflandırılmaları yapılarak, pratik hayatta bu hakkın daha anlaşılır ve kullanılabilir hale gelmesi sağlanmıştır. İnsan hakları sınıflandırmalarında yer alan insan hakları, iç içe olup, bunların birbiri arasında bir önem farklılığını ortaya koymak mümkün olmayıp, birinin ihlal edilmesinin tümünün ihlal edilmesi anlamına geleceği apaçık ortadadır. Çok sayıda insan hakkı sınıflandırmaları olmasına rağmen, bu çalışmada insan hakları, üç kuşak halinde ele alınacaktır.

George Jellinek, insan haklarını, bireyin devlet karşısındaki konumu ve bireyin devletten taleplerini esas alarak sınıflandırmış ve insan haklarını negatif haklar, pozitif haklar ve aktif katılım hakları olarak üç gruba ayırmıştır[9]. Karel Vasakise İnsan Haklarını; elde edildiği tarihi süreçlere göre birinci kuşak haklar, ikinci kuşak haklar, üçüncü kuşak haklar olarak sınıflandırmıştır[10]. Bu iki ayrı insan

[9] Halil, Kalabalık, **İnsan Hakları Hukukuna Giriş**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.55-57.

[10] Kalabalık, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, s.56.

hakkı sınıflandırmasının temelinde, doğal hukuk öğretisinin ortaya koyduğu ve dokunulamaz olan, bireyin kendisine ahlaki bir güç olarak verilen, negatif haklar yani birinci kuşak haklar vardır. Negatif insan haklarının amacı, bireyi devlete karşı korumak ve bireye devletin müdahalesine kapalı bir alan oluşturmaktır.

Sanayi Devrimi sonrası; işçi sınıfı oluşmuş ve buna paralel olarak insanların talep ve ihtiyaçları artmıştır. Negatif insan hakları, artan ve farklılaşan ihtiyaca cevap verememiştir; işçilerin, diğer sınıfların, sosyal ihtiyaçlarını karşılanmasını, pozitif insan hakları dediğimiz ikinci kuşak insan hakları sağlamıştır. Negatif insan hakları, bireye özgü ve özel dokunulamaz bir alan oluşturmasına rağmen, pratik hayatta bu hakların kullanılması, bazı zümrelere ait olmuştur; oluşan işçi sınıfının da pratik hayatta, negatif hakları kullanabilir hale gelmesi için bu hakların, mutlaka pozitif insan hakları ile desteklenmesi gerekecektir.[11] Negatif insan haklarında; devlete pasif kalma rolü biçilirken, pozitif insan haklarında ise devlete, sosyal adaletin sağlanması adına, sosyal ve ekonomik hayata müdahale etme yetkisi tanınmıştır. Pozitif insan hakları arasında çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, eğitim ve öğretim hakkı, sağlık hakkı gibi haklar yer almaktadır.

Üçüncü kuşak diye adlandırılan dayanışma hakları ise, diğer iki sınıf insan haklarından farklı olarak, uluslararası yükümlülükleri de olan insan haklarıdır. Aslında temel olarak negatif ve pozitif insan haklarının gerçekleşmesi, üçüncü kuşak haklarla daha da sağlamlaşacaktır. Çünkü dayanışma haklarının tanınması devletlere uluslararası yükümlülükler de getirerek, devletleri pozitif ve negatif insan haklarının yerine getirilmesi konusunda zorlayacaktır. Bilgi edinme hakkı, seçme seçilme hakları, siyasi haklar, çevre hakkı, barış hakkı gibi hakları dayanışma hakları içerisinde görmek mümkündür.

Devletlere pozitif haklar ile tanınan müdahale etme yetkisi, bireyler anlamında bir süre sonra baskıcı bir zihniyete dönüşme zemini de yaratabilir. Bu yüzden, insan hakları sınıflandırmalarının yaratabileceği olumsuzluğu gidermek adına, insan hakları kavramını evrensel boyutta değerlendirip, negatif hakların, insanların birey olarak sahip olduğu çekirdek haklar olduğu gerçeğiyle hareket edip,

[11] Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku 1**, s.26-28.

diğer sınıf insan haklarını ise bu temel insan haklarının pekişmesi için ortaya koymak daha yararlı olacaktır. Nitekim tüm devletlerin, pozitif haklar adı altında çıkaracakları kanunlar farklı olup, devletlerin bireylere müdahaleleri farklılaşacaktır. Bu müdahaleler, devletin yönetim zihniyetine paralel olarak, bazen baskıcı bir hale gelebilir. Bu yüzden, insan hakları değerlendirmeleri yaparken, bu kavramın temelinin negatif haklar dediğimiz, insana sırf doğuştan bahşedilen mutlak hakları olarak görmek daha yerinde olacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARINDAN OLAN SAĞLIK HAKKI

2.1. SAĞLIK

2.1.1. Sağlık Kavramının Tanımı

Ekonomik ve sosyal haklardan olan, yani pozitif insan hakları sınıfında yer alan, sağlık hakkının tanımını ve tarihsel sürecinden bahsetmeden önce, bu hakkın öznesi olan, sağlık kavramının içeriğinden bahsetmek gerekecektir. Sağlık kavramı, tarih boyunca, çok uzun süre, hastalığın olmaması veya insan vücudunda istenmeyen şeylerin bulunmaması şeklinde, biyolojik yönüyle ele alınmıştır. Sadece biyolojik, salt organizma üzerinden yapılan sağlık tanımlamaları, XX. Yüzyılın ortalarında ortaya çıkan sosyal ve ekonomik nedenler ve bu nedenlerin insan vücuduna etkisinin çok açık olması üzerine, irdelenmeye başlanmıştır. Sağlık tanımının pozitif anlamda irdelenmesi ve ortaya konması gerekliliği zorunlu hale gelmiştir[12]. Nitekim Dünya Sağlık Örgütü de sağlığın, sadece fiziksel olarak tanımlanmasını irdelemiş ve şöyle bir sağlık tanımı yapmanın daha gerçekçi olduğunu ortaya koymuştur: *" Sağlıklı olmak, yalnızca hasta ya da sakat olmama değil, fiziksel, zihinsel ve sosyal anlamda tam bir iyi olma halidir"*[13]. Dünya Sağlık Örgütünün sağlık tanımının ortaya konulduğu dönem itibariyle, çok olumlu yönlerinin olmasına karşın, bu tanımlama çok soyut kalmıştır. DSÖ, yaptığı sağlık tanımlamasında; fiziksel, zihinsel ve sosyal sağlıklı olma haliyle ne kastedildiği ve kapsamı, bu iyilik hallerinin nasıl sağlanacağıyla ilgili ifadeler yer almamaktadır. Dünyada, farklı ülkelerde, farklı sosyoekonomik durumlar mevcuttur ,bu nedenle DSÖ'nün belirttiği sağlıklı olma koşullarının, her yerde, aynı olamayacağı gerçeği, apaçık önümüzde durmaktadır.

[12] Onur, Hamzaoğlu, "Sağlık nedir? Nasıl tanımlanmalıdır?" **Toplum ve Hekim Dergisi**, Kasım – Aralık, 2010. Cilt 25. Sayı 6, s.5.

[13] https://www.who.int/about/who-we-are/constitution Erişim Tarihi:10.03.2021.

Ancak bu durum, sağlık hakkının öznesinin "herkes" olma durumu ile çelişmektedir. Oysa evrensel boyutta sağlık hakkı, pozitif insan hakları içerisinde yer almaktadır ve herkesin ulaşması gereken haklardır. Sağlık hakkının öznesi olan sağlık kavramının tanımının, her ülkede farklı ortaya konulması, sağlık hakkının kapsamının da her ülkede farklı belirlenmesi sorunsalını ortaya çıkaracaktır. Sonuç olarak, insanların yaşadığı toplum biçimi ve sosyo ekonomik düzey, bireyin sağlıklı olma haline, ne düzeyde ulaşacağını belirleyecektir. Bu yüzden, sağlıklı olma halini, kişisel bir durum olarak ortaya koymayıp, toplumla ilişkili bir süreç olarak ortaya koymak gerekecektir. Sonuçta insan, toplum içinde diğer insanlarla kolektif içinde yaşamaktadır; insanın sağlıklı yaşayabilmesi için, içinde bulunduğu toplum ile beraber sosyal, biyolojik, psikolojik olarak tam iyilik halinde olması gerekecektir[14].Yani toplum, sağlıklı olmadan, tek tek kişilerin sağlıklı olması yetersiz kalacaktır.

2.2. SAĞLIK HAKKI

2.2.1. Sağlık Hakkı Kavramı

Sağlık hakkı, pozitif insan hakları arasında görülen temel haklardan olmasına rağmen, birtakım negatif insan hakları ile sıkı ilişki içindedir. Bunlardan birincisi olan yaşama hakkı; bütün insanlar için vazgeçilemez ve devredilemez bir haktır. Yaşam hakkıyla sıkı ilişki içinde bulunan sağlık hakkı da yaşam hakkına işlerlik kazandıran, temel bir hak olma vasfını korumaktadır. Negatif insan hakları içerisinde en temel hak olan yaşam hakkı, insan onuru için ve insanların hayatlarının devamı için zorunlu bir temel haktır. Bu yüzden, yaşam hakkının korunması, diğer hakların devamlılığı açısından hayati önemdedir. Yaşam hakkı, tüm negatif haklarda olduğu gibi devletin dokunamadığı ve devletlere bu hakkı koruma altına alma sorumluluğu verdiği temel bir insan hakkıdır. Bu yüzden, ulusal ve uluslararası hukuk normlarında yaşam hakkı, ciddi bir koruma altına alınmıştır. Öyleki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde:

[14] Hamzaoğlu, Sağlık nedir? Nasıl tanımlanmalıdır?,s.7.

"Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;

b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;

*c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması"*şeklinde yer alarak, yaşam hakkının koruma altına alınması sağlanmıştır. Daha sonra yürürlüğe giren, Sözleşme'ye ek 6 No.lu Protokol, savaş hali gibi olağanüstü durumlar dışında, ölüm cezasını yürürlükten kaldırmasıyla, yaşam hakkı tam koruma altına alınmış oldu[15].

Ulusal düzeyde de sıkı koruma altına alınan yaşam hakkı, T.C Anayasası 17. maddesinde şöyle yer almaktadır:

"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"[16].

Anayasamız Yaşam hakkı ile ilgili olarak, devletin, bu hakka karşı, doğrudan müdahalelerini yasaklamış ve ayrıca pozitif yükümlülük olarak, devlete, bu hakkın korunmasına dair, kişilerin müdahalelerine karşı koruyucu, önleyici görevler yüklemiştir. Anayasamızın 5. maddesinde;

[15] https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf,Erişim Tarihi: 11.03.2021.

[16] https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5,Erişim Tarihi:09.06.2021.

"Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır"[17] şeklindeki hüküm ile yaşam hakkının korunması için, devlete yapması gereken ödevleri hatırlatılmıştır. Fakat Anayasanın 65. maddesinde *"Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir"*[18] şeklinde getirilen hüküm ile devletin bu hakkın yerine getirilmesi aşamasında, yaşam hakkı ile ilgili olarak sınırlayıcı olabileceği belirtilmektedir. Sağlık hakkının başka bazı haklar için de çok önem arzettiği çok açıktır. Öyleki sağlık hakkı; özel yaşam hakkı, kültürel haklar, mülkiyet hakkı, elverişli yaşama standartlarına hak, ayrımcılık yasağı, konut hakkı, beslenme hakkı, doğal kaynaklardan ve zenginliklerden faydalanma hakkı, işkence yasağı, çalışma hakkı ve su hakkı gibi hakların kullanılmasında önemli bir yere sahiptir. Sağlıklı bir yaşama sahip olmayan bir insanın, diğer haklardan tam manasıyla yararlanması mümkün olmayacaktır.

2.2.2. Uluslararası Boyutuyla Sağlık Hakkının Açıklanması

Sağlık hakkının öznesi; hem ulusal hem de uluslararası hukuki düzenlemelerde "herkes" olarak görülmüş olup, devletlerden bu hakkın yerine getirilmesi amacıyla, pozitif yükümlülüklerde bulunulması istenmiştir. Nitekim uluslararası hukuki bir düzenleme olan ESKHS'nin 12. Maddesinde;

"Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler.

Bu Sözleşme'ye Taraf Devletlerin, bu hakkın tam olarak kullanılmasını sağlamak için alacakları tedbirler şu amaçlara yönelik olacaktır:

---

[17] https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5,Erişim Tarihi:09.06.2021.

[18] https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5,Erişim Tarihi:09.06.2021.

(a) Ölü doğum ve çocuk ölümleri oranlarının düşürülmesini ve çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlamak;

(b) Çevresel ve sınai sağlık şartlarının her yönüyle iyileştirilmesi;

(c) Salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü;

(d) Hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılması" şeklinde yer almasıyla, insanların bulunduğu statüye bakmaksızın, devletlere, sağlık hakkının korunmasına dair yükümlülükler vermiştir. Fakat devletler, bu yükümlülükleri yerine getirirken, kendi iç düzenlemeleri ve sosyoekonomik düzeylerine göre farklı yaklaşımlar içine girebileceklerdir[19]. Avrupa Sosyal Şartı bölüm I 11. maddesinde; *"Herkes, ulaşılabilecek en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılacak her türlü önlemden yararlanma hakkına sahiptir"* denilerek sağlık hakkının öznesinin herkes olarak vurgusu yapılmaktadır[20].Ulusal mevzuat olarak Anayasamızın 56. maddesinde;*"Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir"* şeklinde yer alarak sağlık hakkının öznesinin, kimseyi ayırt etmeksizin herkes olduğu vurgusu yer almaktadır.

Sağlık hakkının öznesi olan insanın, sağlık hizmetlerine erişimini; koruyucu sağlık hizmetlerine erişim, tıbbi tedavi hizmetlerine erişim ve hasta hakları açısından insanların hak arayışları diye sınıflamak mümkündür. Bu sınıflamadaki herhangi bir sağlık hizmeti erişiminin, önceliği veya kapsamı ülkeden ülkeye değişebilmektedir. Bu yüzden, uluslararası sözleşmelerde, sağlık hakkı tanımlaması yapılırken, sağlık hakkının kapsamı ile ilgili olarak tam bir netlik ortaya konulamamıştır. Bu durumun ülkeler için yarattığı en önemli avantaj, devletlerin sağlık hakkı kapsamının belirlenmesinde daha öznel olmasıdır. Ancak, bu durumun en önemli dezavantajı; sağlık hakkının tanımının yapılmasında bir belirsizlik yaratması ve ülkelerin evrensel boyutta sağlık hakkının tanımının yapılmasında zorluklar oluşturması ve yaratılan bu

[19] Ezeli, AZARKAN, **Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 77.

[20] Azarkan, Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı, s.77.

belirsizliklerin çözümünde engel olmasıdır. Sonuç olarak, sağlık hakkının tanımlamasını içeren uluslararası sözleşmeler, bu hakkın ortaya konulmasında spesifik çözümler veya tanımlamalardan uzak kalmış; bu durum hak sahiplerinin ve hak uygulayacılarının sağlık standardını en yüksek seviyeye çıkarması önünde engel olmuştur. Sağlık hakkı kapsamında, uluslararası kurumlarda, tam bir uzlaşı olmamasının nedeni; ülkelerin bu konuda kendilerini uluslararası anlaşmalarla bağlayıcı kılmak istememeleridir.

Pozitif insan hakları içerisinde yer alan sağlık hakkının uygulanması sırasında, devletlerin birtakım ödevleri vardır; *"saygı, koruma ve gereğini yerine getirme"* [21]. Sağlık hakkı ile ilişkili olarak; saygı, koruma ve gereğini yerine getirme ödevlerinin, sağlık hakkı da dahil olmak üzere sosyal haklara ilişkin devletlerin yükümlülükleri konusunda, uluslararası insan hakları hukukunda, giderek yerleşmekte olan bir standart olduğu görülmektedir. Devletlerin, pozitif insan haklarının pratik olarak hayata geçmesini sağlamak amacıyla, oluşturulan bu üçlü tiploji ESKHS Komitesi tarafından da benimsenmiştir. ESKHS Komitesi devletlerin ödevi olan bu üçlü tipolojiyi, Sözleşme'nin 12. maddesi için yapılan 14 Sayılı Genel Yorum'unda şu şekilde açıklamıştır:

"Sağlık hakkı, diğer bütün insan hakları gibi taraf devletlere üç tür ve kademede sorumluluk yüklemektedir: saygı, koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülüğü. Gereğini yerine getirme yükümlülüğü ise, kolaylaştırmak, sağlamak ve geliştirmek yükümlülüklerini içermektedir. Saygı yükümlülüğü, devletlerin sağlık hakkından faydalanılmasına doğrudan veya dolaylı yoldan müdahale etmemelerini gerektirir. Koruma yükümlülüğü, devletlerin üçüncü kişilerin 12. maddedeki güvencelere müdahalelerini engellemeye yönelik tedbirler almalarını öngörmektedir. Son olarak, gereğini yerine getirme yükümlülüğü, devletlerin sağlık hakkının tam anlamıyla hayata geçirilmesi amacıyla, yasama tedbirleri ve idari tedbirleri,

[21] Bülent, Algan, **Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007, s.85.

bütçeyle ilgili gerekli tedbirleri ve hakkın gerçekleşmesini sağlayacak diğer bütün tedbirleri almasını öngörmektedir"[22].

ESKHS'de yer aldığı üzere, sağlık hakkı kapsamında, devletlerin negatif insan haklarında olduğu gibi asıl görevi; bireyin özgür olarak kullanmak istediği birtakım hakları kullanımında tarafsız kalmak ve kişinin bu hakka erişimini eşit bir şekilde sağlamaktır. Devletlerin sağlık hakkına dair koruma yükümlülüğü ise kişilerin sağlığını tehlikeye atan üçüncü kişilerin zararlı müdahalelerini engellenmesi olarak yorumlanabilir. Sağlık hakkının yerine getirilmesi sırasında Devletlerin koruma yükümlülüğünü ESKSHS şu şekilde yorumlamıştır:

"Koruma yükümlülüğü, taraf devletin, herkesin üçüncü kişilerin sağladığı sağlık olanakları ve sağlıkla ilgili hizmetlere eşit şekilde erişimini sağlayacak yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri almasını; sağlık sektörünün özelleştirilmesinin sağlık olanakları, malları ve hizmetlerinin mevcudiyeti, erişimi, kabul edilebilirliği ve kalitesini olumsuz yönde etkilememesini güvence altına almasını; tıbbi cihaz ve ilaçların üçüncü kişiler tarafından pazarlanmasının kontrolünü gerçekleştirmesini; tıbbi personel ve diğer tüm sağlık personelinin gereken eğitim, tecrübe ve etik davranış kurallarına sahip olmasını sağlamasını içermektedir. Devletler ayrıca, zararlı sosyal veya geleneksel uygulamaların doğum öncesi ve doğum sonrası bakıma erişimi ve aile planlamasını engellememesini güvence altına almalı; üçüncü kişilerin kadınları geleneksel uygulamalara zorlamasını engellemeli, örneğin kadın sünneti; özellikle kadınlar, çocuklar, gençler ve yaşlılar başta olmak üzere ve cinsiyete dayalı şiddet eylemlerini göz önünde bulundurarak, toplumun tüm risk altındaki kesimlerini koruyacak tedbirlere yer vermelidir. Devletler ayrıca, üçüncü kişilerin bireylerin sağlıkla ilgili bilgi ve hizmetlere erişimini engellemelerinin önüne geçmelidir"[23].

ESKHS Komitesi, sağlık hakkını koruma yükümlülüğü bağlamında nerden geldiğine bakılmaksızın, sağlık hakkına zarar verecek bütün müdahaleleri engelleyerek, herkesin eşit bir şekilde bu hakka ulaşması için önerilerde

[22] Özgür, Temiz, "Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**,2014,s. 177.

[23] Temiz, "Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı",s, 180.

bulunmuştur. Ayrıca ESKHS Komitesi; Koruma yükümlülüğünü, sadece sağlık hizmetlerine erişimdeki engelleri bertaraf etmek olarak algılamamış, bunun yanında sağlık hizmeti sunanlar açısından da bazı değerlendirmeler yapmıştır.

Yerine getirme yükümlülüğü, Devletlere; önleyici, koruyucu, tedavi edici sağlık hizmetleriyle birtakım talepleri karşılama sorumluluğu getirmektedir. Yerine getirme yükümlülüğü, aslında sosyal devlet anlayışı ile birebir örtüşen bir sorumluluk türüdür. ESKHS'de, Yerine getirme yükümlülüğü ile ilgili yapılan açıklama şu şekildedir:

"Gereğini yerine getirme yükümlülüğü, taraf devletlerin ulusal mevzuat yaratma ve sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için detaylı bir plan içeren ulusal sağlık politikaları kabul etme başta olmak üzere, sağlık hakkına ulusal politika ve hukuk sistemlerinde yeterli önemi vermelerini gerektirmektedir. Devletler, temel bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklık programları ve yeterli ve güvenilir gıda, temiz ve içilebilir su, temel hijyen, elverişli konut ve yaşama koşulları gibi temel sağlık göstergelerine erişimi güvence altına almalıdır. Kamu sağlığı yapılanmaları, özellikle kırsal kesimlerde, cinsel sağlık ve üreme sağlığı ile ilgili hizmetlere yer vermelidir"[24].

ESKHS Komitesinde, yerine getirme yükümlülüğü ile ilgili yapılan yorumlar şu şekilde açıklanabilinir: Devletlere bu kapsamda düşen görev; insanların önleyici, koruyucu, tedavi edici sağlık hizmetlerine ulaşmasının önündeki engelleri aşmasını sağlamak ve sağlık hizmetlerinin bizzat devlet eliyle yapılmasıdır.

2.2.3. Ulusal Boyutuyla Sağlık Hakkının Açıklanması

Sağlık hakkının üçlü tipoloji boyutuyla ulusal anlamda yapılan bir düzenleme de Anayasamızın 17. ve 56. Maddeleridir:

"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."(Anayasa md. 17)

[24] Temiz,"Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı",s. 181.

"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir." (Anayasa md. 56)

Anayasada, sağlık hakkı ile ilgili yapılan bu değerlendirme; sağlık hakkının korunmasının zorunlu olduğunu belirtmekte ancak bu içerik, soyut ve belirsiz olarak yorumlanabilir. Anayasada, sağlık hakkı, sosyal bir hak olarak tanınmış, ama devletin sağlık hakkının sunumu ile ilgili ödevleri, net ve somut yer almamıştır. Anayasamızda, sağlık hakkı daha çok yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ile ilişkilendirilerek yer bulmuştur. Anayasa Mahkemesi, verdiği birçok kararda, Anayasamızda sağlık hakkı ile ilgili olarak yapılan değerlendirmelerden daha geniş yorumlar yapmış ve uluslararası belgelerde yer alan, devletin üçlü tipoloji sorumluluklarını ortaya koymuştur. Anayasa md.56/3'de; *"Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir"* şeklinde yer alan düzenleme ile devletin pozitif yükümlülüklerinin olduğu ortaya koyulmuştur. Anayasa mahkemesine göre; devletin, insanlar için temel bir hak olan sağlık hakkına erişimini engelleyici veya daraltıcı etkinliklerde bulunması, anayasaya aykırı olacaktır[25].

Sağlık hakkının pratik anlamada hayat bulması için, devletlerin izleyeceği yol farklı olabilir. Ancak uluslararası hukuk normları, devletlere üçlü tipoloji anlamında asgari uyulması gereken genel kurallar belirtmiştir. Bu yüzden, ülkemizde yüksek hukuk normu olan Anayasamızda; sağlık hakkının kapsamı, niteliği hakkında daha net ve anlaşılır açıklamaların yapılmasına ihtiyaç vardır. İdarenin sunacağı sağlık

[25] Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2010/29, Karar Sayısı: 2010/21, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/07/20100722-6.htm, Erişim Tarihi:15.03.2021.

hizmetlerinin niteliği de yukarıda uluslararası belgelerle sunulmuş olan üçlü tipoloji boyutuyla olmalıdır. Sağlık hizmetlerinin sunumu, ülkeden ülkeye değişebilmektedir, ancak devletlerin sağlık hizmetlerinin halka sunulması boyutuyla dikkate alması gereken, üçlü tipoloji kavramı olmalıdır. Bu temelde, sağlık hakkının sadece pozitif insan hakları olarak değerlendirmek, dar bir yorum olacaktır, nitekim negatif insan haklarının da özelliklerini içerisinde barındırmaktadır. Bu yüzden, bu iki değerlendirmeyi de içinde barındıran, yani hem negatif hem de pozitif insan hakları statüsünü tanıyan üçlü tipoloji kavramı; ülkelerin anayasal normu düzeyinde, somut daha anlaşılır düzenlemelerinin olması gerekliliği önümüzde apaçık durmaktadır.

2.3. ULUSLARARASI BELGELERDE SAĞLIK HAKKI

Sağlık hakkı, ulusal ve uluslararası belgelerde, ekonomik ve sosyal haklardan olan ve devletlere pozitif yükümlülük veren, bir insan hakkı olarak kabul edilmektedir. Sağlık hakkının öznesi, kapsamı ve niteliğinin netliğe kavuşması için öncelikle, uluslararası belgelerde ve ulusal belgelerde bu hakkın nasıl yer aldığı ve daha sonra uygulamada nasıl pratik olarak hayata geçtiğini incelemek, sağlık hakkının anlaşılmasında, bizim için daha aydınlatıcı olacaktır.

2.3.1.Birleşmiş Milletler Dünya Sağlık Örgütü

Sağlık hakkının, uluslararası belgelerde, bir insan hakkı olarak yer alması, ilk olarak, Birleşmiş Milletlerin uzmanlık birimlerinden biri olan, Dünya Sağlık Örgütü'nün 1946 tarihli Anayasasında görmekteyiz. Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nın başlangıç bölümünün ilk iki paragrafı şu şekildedir:

"Sağlık bir bütün olarak fiziksel, ruhsal ve sosyal esenlik durumudur ve yalnızca hastalık ya da maluliyet yokluğu değildir. Ulaşılabilir en yüksek sağlık standartlarından yararlanma, ırk, din, siyasi görüş, ekonomik ya da sosyal durum farkı gözetilmeksizin her insanın temel haklarından biridir"[26].

[26] https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-en.pdf#page=7, Erişim tarihi:15.03.2021.

"Health is a state of completephysical, mentalandsocialwell-beingand not merelytheabsence of diseaseorinfirmity.

BM'nin uzmanlık organı olan Dünya Sağlık Örgütünün 1946 tarihli Anayasasında, BM Şartı'nın kabul edilmesinin hemen ardından ve daha Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ortaya çıkmadan önce; hem sağlığın tanımlamasını yapmış hem de sağlık hakkını temel bir hak olarak ele almıştır. Dünya Sağlık Örgütü Anayasasında, sağlık hakkına dair ilk tanımlamayı yaparak, kendinden sonra gelecek olan sağlık hakkı ile ilgili değerlendirmelerin yapılacağı diğer uluslarası belgelere kaynaklık etmiştir. Dünya Sağlık Örgütü Anayasasında yer alan *"ulaşılabilir en yüksek sağlık standartlarına…"* şeklindeki değerlendirme, sağlık hakkı hakkında ilk hukuki değerlendirme olup, bu hakkın sınırlarına dair bir açıklama getirmiştir. Burdaki açıklama ile devletlere, sadece bu hakka dair negatif yükümlülük yüklememiş, aynı zamanda pozitif yükümlülükler de getirmiştir. Hatta Dünya Sağlık Örgütü, sağlığın da tanımını yaparak, sağlık hakkını temellendirmiştir. Devletlerin sadece hastalıkları tedavi etmek misyonlarının olmadığını, aynı zamanda insanların hasta olmasını engellemek gibi görevlerinin de olduğunu belirtmiştir. Sağlığı, sadece olumsuz yönden, yani hasta olma hali olarak değerlendirmemiş, kişilerin hasta olmasını engellemek olarak açıklamıştır.

2.3.2.İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi

BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, ilk iki maddesinde, bu evrensel bildirgenin kimleri kapsadığı hakkında, bizlere nitelikli bir tanım yapmıştır. BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 1. ve 2. maddesi:

"Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler, birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar.

Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayrım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir. Ayrıca, ister bağımsız olsun, ister vesayet altında veya özerk olmayan ya da başka bir egemenlik kısıtlamasına bağlı ülke yurttaşı olsun, bir kimse hakkında, uyruğunda bulunduğu devlet veya ülkenin siyasal, hukuksal veya uluslararası statüsü

Theenjoyment of thehighestattainablestandard of health is one of thefundamentalrights of everyhumanbeingwithoutdistinction of race, religion, politicalbelief, economicorsocialcondition"

bakımından hiçbir ayrım gözetilmeyecektir"[27] şeklinde yer alması ile bu bildirgenin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayrım gözetmeksizin herkesi (her insanı) kapsadığını apaçık ortaya koymuştur.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 22. maddesinde de sağlık hakkının kullanılmasına dair dolaylı bir açıklama yapılmıştır. Bu maddede;

"Herkesin, toplumun bir üyesi olarak, sosyal güvenliğe hakkı vardır. Ulusal çabalarla ve uluslararası işbirliği yoluyla ve her devletin örgütlenmesine ve kaynaklarına göre, herkes onur ve kişiliğinin serbestçe gelişim için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklarının gerçekleştirilmesi hakkına sahiptir." Şeklinde yapılan değerlendirme ile sosyal ve ekonomik haklar ile bağlantılı olarak yani sosyal güvenlik hakkının kullanımı ile beraber dolaylı olarak sağlık hakkına dair açıklamanın olduğunu görmekteyiz. Ayrıca İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 3. ve 5. maddesinde yer alan;

"Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır.

Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez" hükmü, sağlık hakkı ile ilgili dolaylı olarak ilişkilendirilebilecek diğer düzenlemelerdir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 25. Maddesinde yer verilen:

" Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır. Herkes, işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ve kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahiptir.

Anaların ve çocukların özel bakım ve yardım görme hakları vardır. Bütün çocuklar, evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olsunlar, aynı sosyal güvenceden

---

[27] https://www.ombudsman.gov.tr/document/mevzuat/688B1--Insan-Haklari-Evrensel-Beyannamesi.pdf,Erişim Tarihi:16.03.2021.

yararlanırlar" şeklindeki hükmü ile bu belgenin, doğrudan sağlık hakkına yer verdiğini görmekteyiz. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, direkt sağlık hakkına yer vermiş olup, bununla beraber sağlık hakkı ile yiyecek hakkı, giyinme hakkı ile ilişkisini de ortaya koymuştur. Ayrıca bu madde ile sağlık hakkının salt tedavi edici hizmetlerden ibaret olmadığı da apaçık ortaya konulmuş olmaktadır.

2.3.3. Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 1966 yılında Birleşmiş Milletler tarafından oluşturulmuş ve daha sonra 2003 yılında ise T.C Resmi Gazetesinde yayınlanarak, ülkemizde de yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin 12. maddesinde, sağlık hakkı ile ilgili olarak yapılan tanım; İnsan Hakaları Evrensel Beyannamesindeki tanımlamadan daha net ve daha farklı olmuştur. Bu sözleşmede sağlık hakkı,

"Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler.

Bu Sözleşme'ye Taraf Devletlerin, bu hakkın tam olarak kullanılmasını sağlamak için alacakları tedbirler şu amaçlara yönelik olacaktır:

(a) Ölü doğum ve çocuk ölümleri oranlarının düşürülmesini ve çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlamak;

(b) Çevresel ve sınai sağlık şartlarının her yönüyle iyileştirilmesi;

(c) Salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü;

(d) Hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılması"[28] şeklinde ortaya konulmuştur.

Bu sözleşme, insanların en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olmalarını kabul etmekle beraber, ülkelerin yapması gerekenleri de sıralamış ve hatta kendi öz kaynakları yetersiz olursa, uluslararası işbirliği ve yardım ile uluslararası toplumdan yardım edinebileceğini ifade etmiştir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin diğer uluslararası belgelerden en önemli

[28] https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/08/20030811.htm#4,Erişim Tarihi:16.03.2021.

farkı, sağlık hakkını yaşam için gereken bir standart olarak kabulle yetinmeyip, kendi özünde temel bir hak olarak tanımlamış ve bunun pratik hayatta yer alması için azami yapılması gerekenleri sıralamıştır[29].

2.3.4. Avrupa Sosyal Şartı

Bölgesel olarak Avrupa'da, sağlık hakkı ile ilgili açıklamayı içeren en önemli belge, Avrupa Sosyal Şart'ıdır. Avrupa Sosyal Şartı 1965 tarihinde imza altına alınmış ve ülkemizde de 2007 yılında resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu belgenin 11. maddesine göre;

"Akit Taraflar, sağlığın korunması hakkının etkili bir biçimde kullanılması sağlamak amacıyla, ya doğrudan ya da kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde diğer önlemlerin yanı sıra;

1- Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak;

2- Sağlıklı olmayı teşvik etmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluk duygusunu geliştirmek üzere eğitim ve danışma hizmetleri sağlamak;

3- Kazalar açısından olduğu gibi, salgın, yöresel ve diğer hastalıkları olabildiğince önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı;

taahhüt ederler"[30].

Avrupa Sosyal Şartı ile Devletlerin sadece insanlar hastalanınca, onlara tedavi edici hizmetlerin verilmesi değil, aynı zamanda insanların sağlığının bozulmasının önüne geçen koruyucu sağlık hizmetlerinin verilmesini de sorumluluk olarak görmüştür. Ayrıca Avrupa Sosyal Şartı 3. maddesinde; sağlığın, sosyal güvenlik boyutu da ele alınmış ve sağlıklı, güvenli iş yerlerinde çalışma ortamının sağlanması için çeşitli tahaütlerde bulunulmuştur:

---

[29] Hamide, Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.46.

[30] https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/04/20070409-1.htm,Erişim Tarihi:16.03.2021.

"Akit Taraflar, işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak, güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere;

"1- İş güvenliği, iş sağlığı ve çalışma ortamı hakkında tutarlı bir ulusal politika oluşturmayı, uygulamayı ve bunu belli aralıklarla gözden geçirmeyi, bu politikanın temel hedefi, iş güvenliği ve iş sağlığını iyileştirmeyi ve özellikle çalışma ortamının doğasından kaynaklanan tehlike sebeplerini en aza indirmek yoluyla, çalışma sırasında ortaya çıkan ya da bununla bağlantılı olan hastalıkları ve kazaları önlemeyi;

2- Güvenlik ve sağlık alanlarında yönetmelikler hazırlamayı;

3- Denetim yoluyla bu yönetmeliklerin uygulanmasını sağlamayı;

4- Tüm çalışanlar için, aslen koruma ve danışmanlık işlevlerine sahip iş sağlığı hizmetlerinin geliştirilmesini desteklemeyi;

taahhüt ederler."

2.3.5. Amerikan İnsan Hakları Bildirisi

Sağlık hakkı ile ilgili tanımlamaları içeren ve bölgesel karakterde bir belge olan Amerikan İnsan Hakları Bildirisi, 2 Mayıs 1948 tarihinde kabul edilmiştir. Bu bildiride, sağlık hakkı ile ilgili düzenleme;*"her kişi, kamunun ve toplumun kaynaklarının elverdiği ölçüde beslenme, giyim, barınma ve tıbbi bakıma ilişkin olarak sağlık ve sosyal alanlardaki önlemler yoluyla, sağlığın korunması hakkına sahiptir"* şeklinde yapılmıştır. Bu bildiri, sağlık hakkını; beslenme, giyim vb. haklarla ilişkilendirerek daha kapsamlı değerlendirmelerde bulunmuştur. Bölgesel olarak, Amerika devletleri arasında yürürlükte olan ve sağlık hakkı ile ilgili değerlendirmelerde bulunan bir diğer belge de Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Ek Protokolüdür. Bu mevcut protokolün 10. maddesinde;*"Herkes, en yüksek derecede beden, akli ve sosyal esenlik halinden yararlanması gereken sağlık hakkına sahip olacaktır"*

hükmüne yer verilmiştir. Bu protokolde ayrıca sağlık hakkının elde edilmesi için devletlerin yapması gereken ödevler de geniş anlamda yer almıştır[31].

2.3.6. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı

Sağlık hakkının tanınması ile ilgili başka bir bölgesel belge de Afrika Birliği tarafından 27 Haziran 1981 tarihinde kabul edilen, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'dır. Bu belgenin 16. maddesinde;*" Her birey, ulaşılabilir en yüksek düzeyde bedensel ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanma hakkına sahip olacaktır. Bu Şarta Taraf Devletler, kendi halklarının sağlığını korumak ve hastalandıklarında tıbbi bakım görmelerini temin etmek için gerekli önlemleri alacaklardır"* hükmü yer almaktadır. Bu belgenin diğer bölgesel belgelerden en önemli farkı, sağlık hakkı ile ilgili yaptığı değerlendirmenin, birinci kuşak haklar kısmında yer almasıdır. Ayrıca bölgesel olarak, Afrika Devletleri arasında imza altına alınan, Afrikadaki kadınların haklarına ilişkin protokolde de sağlık hakkı ile ilişkili birtakım haklara yer verilmektedir. Yine Afrika ülkeleri arasında imza altına alınan Çocuk hakları ve Gençlik şartlarıda sağlık hakkı ile ilşkili birçok hakka yer vererek bu konuda kapsamlı değerlendirmelerde bulunmuşlardır[32].

2.4. ULUSAL BELGELERDE SAĞLIK HAKKI

2.4.1. Anayasamızda Sağlık Hakkı

II. Dünya savaşı sonrası, uluslararası belgelerde yer almaya başlayan sağlık hakkı, ülkemizde ise ilk kez 1961 ve 1982 Anayasalarında yer almıştır. Dünya'nın diğer ülkelerinde olduğu gibi ülkemizde de, 1961 Anayasasının ekonomik ve sosyal haklar kısmında, sağlık hakkı ile ilgili değerlendirmeler yer almıştır. 1961 Anayasası'nın 49. Maddesindeki değerlendirme; *"Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbî bakım görmesini sağlamakla ödevlidir. Devlet, yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır"* [33] şeklindedir. Bu düzenleme ile insanların sağlık hakkının; hem koruyucu hem de tedavi edici sağlık hizmetlerinden faydalanma

[31] Azarkan, Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı, s.79-80.

[32] Azarkan, Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı, s.80.

[33] https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10816.pdf,Erişim Tarihi:17.03.2021.

biçiminde olması gerekliliği vurgulanmıştır. Ayrıca Anayasanın bu maddesi ile devlete pozitif yükümlülükler verilmiş ve sağlıklı bir yaşam için konut hakkı ile beraber bir düzenleme yapılmıştır.

1982 Anayasası'nda ise sağlık hakkına, Anayasanın 56. maddesinde:

"Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

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

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

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

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir"[34] şeklinde yer almıştır.

1982 Anayasasının 56. maddesi; sağlıklı çevrede yaşama hakkı ile ilgili olup, sağlık hakkının koruyucu ve tedavi edici sağlık hizmetleri yönünü içermemektedir. Bu maddenin, bu şekliyle sağlık hakkının tanımını, çok soyut ve belirsiz yaptığı eleştirileri yapılmaktadır. Bu yüzden, ikinci kuşak insan hakları içerisinde yer alan sağlık hakkının en önemli özelliği olan; devletlerin pozitif yükümlülüklerinin daha net ve anlaşılır biçimde yer alması, sağlıklı bir yaşam sürdürülebilmesinin ve bu şartların oluşmasını sağlamak için zorunlu öğelerden birisidir. 1982 Anayasasının 65. maddesinde, devletin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirmemesinin anayasal olarak gerekçesi yer almıştır. Bu anlamda Anayasamızda, sağlık hakkının tanımı ve hayat bulması için gerekli pozitif yükümlülükleri somut bir şekilde yer almamıştır. Ancak Anayasanın 65. maddesi ile Devletin sağlık hakkına dair pozitif

[34] https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17863_1.pdf , Erişim Tarihi:17.03.2021.

yükümlülüklerini yerine getirmemesinin anayasal gerekçesini, net bir şekilde ortaya koyması, sağlık hakkının uygulanmasının önünde ciddi bir engel oluşturmuştur.

II. Dünya savaşı sonrası, yaşanan gelişmeler sonucunda, ekonomik ve sosyal haklar içerisinde yer alan sağlık hakkı, birçok uluslararası belgeler ve uluslararası mahkeme kararları ile koruma altına alınmıştır. Ancak uluslararası belgelerde yer almış olan sağlık hakkının uygulanması pratiği, ülkeden ülkeye farklılıklar göstermektedir. Bunun en önemli nedeni, uluslararası belgelerde sağlık hakkına dair net ve nitelikli yaptırımlar söz konusu olmamasıdır. Dolayısıyla uluslar arası belgelerde, sağlık hakkının yer alması ve uzlaşma sağlanması, daha çok esnek hukuk kuralları ile oluşmuştur. Bu yöntem, sağlık hakkının uygulanması pratiğini, devletlerin insiyatifine bırakmıştır. Ancak diğer tarfatan esnek hukuk kurallarıyla ortaya konulan sağlık hakkı, gelişmeye açık bir insan hakkı olma vasfını sürdürmüştür. DSÖ'nün anayasasında, ilk olarak yer alan sağlık hakkı tanımı; o günden bugüne nitelik olarak büyük bir gelişim göstermiştir. Bu yüzden, sağlık hakkı boyutuyla değerlendirmeler yapan uluslararası örgütlerin en büyük hedefi: sağlık hakkının öznesini, içeriğini, faaliyetlerini, önceliklerini ortaya koyup, bu amaçla sağlık hakkı ile ilgili faaliyetleri koordine etmek, bu hakkın uygulanmasını teşvik etmek, sonuçlarını denetleyip ortaya koymak, denetim mekanizmasını sağlayacak organları oluşturmak, devletler arasında bu hak boyutuyla çıkacak anlaşmazlıkları çözmeye çalışmak, sağlık hakkının uygulanmaması pratiğini değerlendirmek ve bu değerlendirmeler sonucu, bu örgütlerin yaptırım hakkının olduğu mekanizmaları kurmak olmalıdır. Bu amaçla, uluslararası örgütler, sağlık hakkının uygulanması boyutuyla somut normlar koymalı ve bununla ilgili devletlere yaptırım uygulayabilen hukuk süjeleri ile bu hakkı koruma altına almalıdırlar. Ülkemizde, uluslararası belgelerde tanımlanan şekliyle sağlık hakkına dair birtakım hukuksal normlar geliştirilmiş ve hatta Anayasamızda yer bulmuş olmasına rağmen, sağlık hakkı ile ilgili düzenlemelerin soyut kalmış olması dikkat çekicidir. Anayasamızda, sağlık hakkı ile ilgili direkt hükümler yer almamaktadır. Anayasamızda, sağlık hakkını; özelde sağlık hakkı başlığı altında, sağlık hakkının niteliklerini ortaya koyan ve bu hakla ilgili olarak devletin sorumluluklarını açıklayan hükümlerin olması, sağlık hakkının ciddi bir koruma altına alındığını gösterecektir. Dolayısı ile hem ülkemizde hem de uluslararası belgelerde, sağlık hakkının gereği olan üçlü tipoloji özelliği

itibariyle, nitelikli değerlendirme ve yaptırımlar olması, bu hakkın temel bir insan hakkı olduğunu apaçık ortaya koyacaktır.

2.5. AİHM KARARLARINDA SAĞLIK HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme'ye Ek Protokoller ile birinci kuşak insan hakları koruma altına alınmıştır. Bu sözleşme ile koruma altına alınan hak ve özgürlükler arasında, sağlık hakkı bulunmamaktadır. Bu durum, Devletlere pozitif yükümlülükler veren ekonomik ve sosyal haklar ile negatif yükümlülükler veren birinci kuşak hakların korunma mekanizmalarının farklı olduğunu göstermektedir. Farklı koruma mekanizmalarının sağlanması, insan haklarının bir bütün olarak bölünemez olduğu ve birbiri ile sıkı ilişkide olduğu gerçekliğine aykırı olmuştur. Nitekim bu gerçeklik 1993 yılında Viyana'da düzenlenen BM Dünya İnsan Hakları Konferansında kabul edilen Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı'nda ortaya koyulmuştur. Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı'nda; negatif insan hakları ile pozitif insan haklarının sıkı bir ilişki içinde olduğu ortaya koyulmuş, bu yüzden insan hakları ele alınınca, mutlaka bir bütün halinde ele alınması gerekliliği vurgulanmıştır[35]. Buna bağlı olarak da AİHM, sosyal ve ekonomik haklarla ilgili başvurularda, ilk dönemlerde; AİHS ile sadece birinci kuşak hakların korunma altına alındığını öne sürerek bu konuda değerlendirme yapmaktan kaçınmıştır[36]. Ancak daha sonra AİHM, Sağlık hakkı, sözleşmede olmamasına rağmen,kendisine yapılan sağlık hakkı ile ilgili başvuruları; daha geniş ve dinamik bir yorumla, sağlık hakkı ile ilişkili olan yaşam hakkı, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, ayrımcılık yasağı ile ilgili maddeler ile ilişkili olarak değerlendirip kararlar vermiştir.[37] Bu duruma örnek olarak sağlık hakkının, yaşam hakkı ile ilişkisi ortaya konularak verilen kararlardan biri de AİHM Panaitescu / Romanya davasıdır.[38] Bu davada; başvuranın, varolan kanser hastalığıyla ilgili olarak, devletin tedavi

---

[35] Selman, Karakul, "Kişisel ve Siyasal Haklar ile Ekonomik ve Sosyal Haklar Arasındaki Zorunlu İlişki: Gelişen AİHM Pratiği", **Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi**, 5, 13, (2013), s. 133-134.

[36] Bkz. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun (AİHK veya Komisyon) 10.12.1975 tarihli X / Danimarka (6907/75) ve 04.02.1982 tarihli Godfrey / Birleşik Krallık (8542/79) kararları.

[37] https://www.echr.coe.int/librarydocs/dg2/hrfiles/dg2-en-hrfiles-17(2000).pdf,Erişim Tarihi:23.3.2021.

[38] AİHM Kararları, Panaitescu v. Romanya, 30909/06, 10.04.2002.

giderlerini tam olarak karşılamamasına karşın yaptığı başvuru, AİHM tarafından kabul edilmiş ve mahkeme yaşam hakkının korunması yükümlülüğüne aykırı bulmuştur.

AİHM; Devletlerin insan hayatını koruması sorumluluğu karşısında, kendi mali yetersizliklerini, bu sorumluluğu yerine getirmemelerinin önünde, engel olarak görmelerini doğru bulmamış ve birçok konuda, yaşam hakkı ihlali kararları vermiştir[39]. Sağlık hakkına ilişkin bir başvuruyu, yaşam hakkı ile ilişkili bir biçimde değerlendiren ve karar alan AİHM kararı; Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/ Türkiye davasıdır. Bu kararda, hamile bir kadının; bir üniversite hastanesi tarafından istenen tedavi giderlerini karşılıyamaması nedeni ile içinde sağlık personeli olmayan bir ambulans ile Devlet hastanesine sevk edilirken yaşamını kaybediyor.*"Devletin, yaşam hakkının devamı için alması gereken her türlü önlemi alma yükümlülüğü mevcut olup, salt bu olayı basit bir hata, ihmal olarak görmek, temel insan hakkının ihmali anlamına gelmektedir"* şeklindeki kararı ile yaşam hakkı ile sağlık hakkının bir bütün halinde birbirine sıkı bir şekilde bağlı olan temel haklar olduğunu ortaya koymaktadır[40].

Yaşam hakkı ile sağlık hakkını birbirine sıkı bağlı olan haklar olarak gören bir diğer önemli dava da, AİHM Aydoğdu/ Türkiye davasıdır. Budava,*"erken doğum şeklinde doğan bebeğin, yoğun bakım ve ileri tetkik tedavi ihtiyacının olması ve doğumun gerçekleştiği hastanede yeni doğan bebeğin tedavisi için gerekli tıbbi donanımın olmadığı gerekeçesiyle mevcut tıbbi duruma uygun bir hastane aranırken hastanın durumu kötüleşmesi ve hayatını kaybetmesi konusunu içermektedir."*Bu

---

[39] https://www.refworld.org/cases,ECHR,511cce742.html,Panaitescu / Romanya , Başvuru No. 30909/06, Avrupa Konseyi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10 Nisan 2012, Erişim Tarihi:23.03.2021.

[40] AİHM Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye, No. 13423/09, "Hamile bir kadının hastane masraflarını ödeyememesi sebebiyle acil olarak ameliyat edilmesinin doktorlar tarafından reddedilmesi sonucunda yaşamını yitirdiği dava; *Forthesereasons, thecourt, unanımously,*

1. *Declares the application admissible as tothecomplaintunderArticle 2 of theConventionconcerning Mrs Menekşe Şentürk's death;*
2. *Holds thatthere has been a substantiveviolation of Article 2 of theConvention on account of thedeath of Mrs Menekşe Şentürk;*

*3. Holds thatthere has been a proceduralviolation of Article 2 of theConvention;…"*https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-118722%22]}Erişim Tarihi:23.03.2021.

kararda da; yaşam hakkı ihlal edildiği ve başvurucular açısından etkin soruşturma yürütülmediği şeklinde değerlendirmelere yer verilmiştir; sağlık hakkı ile ilgili başvuruların, diğer temel insan hakları ile sıkı ilişki içinde olduğu ve bir bütün halinde düşünülmesi gerektiği ortaya koyulmuştur[41].

AİHM Jalloh/ Almanya davasında; uyuşturucu ticareti yapan başvurucu, havaalanında, emniyet görevlilerine yakalanmamak adına, uyuşturucu paketlerini yutuyor, emniyet yetkilileri de bu delili elde etmek için bu paketlerin çıkarılabilmesi için başvurucuya, zorla birtakım ilaçlar vermiştir. AİHM, bu kararında başvuranın fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne rızası dışında ağır bir müdahalede bulunulduğu, yapılan müdahalenin tedavi etmek amacıyla olmadığı, delil elde etmek amacıyla yapılmış olduğu, başvurucunun acı ve ızdırap çekmesine neden olunduğu şeklinde bir değerlendirme yaparak, AİHM sözleşmenin 3. Maddesinin ihlal edildiğine dair karar vermiştir[42].

AİHM Filiz Uyan/ Türkiye davasında, hükümlü konumda olan başvurucu, cezaevi doktoru tarafından, ileri tetkik ve tadavi amacıyla hastaneye sevk ediliyor. Ancak başvurucu, görünteleme tetkiklerini yaparken, hem kelepçeli olarak hem de çekimin yapıldığı yerde, cezaevi görevlilerin olması üzerine bu tetkiki redetmiştir. AİHM'e göre kendi rızası ile bu tetkiki yapmamış olsa da başvurucunun kişisel

---

[41] AİHM,Aydoğdu/Türkiye, No. 40448/06, 30 Ağustos 2016; "sağlık hizmetlerinin işleyişinde sistemsel veya yapısal bir bozukluk sebebiyle, bir hastanın acil hayati tedavilere erişim sağlayamaması, makamların bu riskten haberdar olduğu ya da haberdar olması gerektiği ve özellikle ilgili hastanın yaşamını, dolayısıyla genel olarak hastaların yaşamını tehlikeye atarak, bunun gerçekleşmesini engellemek için gerekli tedbirleri almamış olması."https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_TUR.pdf,Erişim Tarihi:23.03.2021.

[42] "ForTheseReasons, The Court :1. Holdsby ten votesto seven thatthere has been a violation of Article 3 of theConvention; 2. HoldsbytwelvevotestofivethatnoseparateissuearisesunderArticle 8 of theConvention; 3. Holdsbyelevenvotestosixthatthere has been a violation of Article 6 of theConvention; 4. Holdsbyelevenvotestosix (a) thattherespondentState is to pay theapplicant, withinthreemonths, thefollowingamounts: (i) EUR 10,000 (ten thousandeuros) in respect of non-pecuniarydamage; (ii) EUR 5,868.88 (fivethousandeighthundredandsixty-eighteuroseighty-eightcents) in respect of costsandexpenses; (iii) anytaxthatmay be chargeable on theaboveamounts; (b) thatfromtheexpiry of theabove-mentionedthreemonthsuntilsettlementsimpleinterestshall be payable on theaboveamounts at a rate equaltothemarginallending rate of theEuropean Central Bank duringthedefaultperiodplusthreepercentagepoints; 5. Dismissesunanimouslytheremainder of theapplicant'sclaimforjust satisfaction."https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/Jalloh-Germany-2006.pdf,Erişim Tarihi: 23.03.2021.

onurunu zedeleyici bir şekilde tetkik ve tadavisinin yapılamayacağını öne sürerek sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiği tespitini yapmıştır[43].

AİHM I. / Finlandiya davasında, başvurucu çalıştığı hastanede, HIV pozitif olması nedeni ile aynı hastanenin ilgili biriminde tedaviye başlamıştır.Ancak bir süre sonra hastanın, hastane kayıtlarıyla edinilen bilgiler ışığında, HIV pozitif olduğu ve diğer sağlık bilgilerinin de sızdırılması sonucu, kendi mesai arkadaşları tarafından bu durum öğrenilmiştir. AİHM, bu başvuruda başvurucunun özel hayatına saygı hakkı

---

[43] AİHM FİLİZ UYAN/TÜRKİYE, Başvuru no. 7496/03, Karar Tarihi: 8 Ocak 2009.

"AİHM, ileri sürülen muamelenin, AİHS'nin 3. maddesi kapsamına dahil olması için yeterince ciddi olması gerektiğini hatırlatır (bkz. İrlanda/İngiltere, 18 Ocak 1978, 162. paragraf, A Serisi, no. 25). Ayrıca, kanuna uygun olarak gerçekleştirilen, güç kullanılmayan ya da başvuranın, makul olmayan şekilde kamuda teşhir edilmesine neden olmayan bir kelepçelemenin AİHS'nin 3. maddesi kapsamına giren bir sorunu ortaya çıkarmadığını yineler. Bu hususta, sözkonusu kişinin kaçmasına, kendini veya başkalarını yaralamasına ya da kendine veya başkalarına zarar vermesine ilişkin bir tehlike olup olmadığının belirlenmesi önem taşımaktadır (bkz. Mouisel/Fransa, no. 67263/01, 47. paragraf, AİHM 2002-IX; Raninen/Finlandiya, 16 Aralık 1997, 56. paragraf, Hüküm ve Karar Raporları 1997-VIII; Tarariyeva/Rusya, no. 4353/03, 109. paragraf, AİHM 2006-…, ve Henaf/Fransa, no. 65436/01, 48. paragraf, AİHM 2003-XI).AİHS'nin 3. maddesi ayrıca devlete, özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin, örneğin gerekli tıbbi yardımın sağlanması gibi, fiziksel sağlıklarını koruma yükümlülüğünü getirir (bkz. Mouisel, 40. paragraf). Bu yükümlülükte istisna sözkonusu değildir. AİHM, mevcut davada, başvuranın cezaevi doktoru tarafından ultrason taramasına girmek üzere hastaneye gönderildiğini kaydeder. Sonuç olarak, hastaneye götürülmüş, elleri kelepçelenmiş ve bir bayan, üç erkek güvenlik görevlisi kendisine eşlik etmiştir. AİHM, başvuranın terör örgütüne üye olmaktan ağır hüküm giymesinin, doktorun odasının zemin katta olmasının ve pencerelerde parmaklık bulunmamasının arz ettiği güvenlik riskini kabul eder. Ancak AİHM, uygulanabilir farklı seçenekler bulunduğu halde, başvuranın kelepçelerinin jinekolog tarafından muayene edildiği sırada ısrarla çıkarılmamasının ve konsültasyon sırasında üç erkek güvenlik görevlisinin bir paravanın arkasına geçerek odada bulunmasının, orantısız güvenlik tedbirleri teşkil ettiği kanısındadır. Örneğin, güvenlik görevlileri, odayı yalnızca bayan görevliyi içeride bırakarak ve jandarma görevlilerinden birini, konsültasyon odasının penceresinin önüne yerleştirerek güvenlikaltınaalabilirdi.

Ancak, jandarma görevlileri, Adalet, Sağlık ve İçişleri Bakanlıkları arasında hapishanelere ilişkin imzalanan protokole uygun davranarak paravan arkasında, doktor ve başvuran arasındaki konuşmayı duyamayacakları bir mesafede durdukları cihetle, doktor ve jandarma görevlileri, dahili mevzuata uygun hareket etmişlerdir. Ayrıca, dahili mevzuata göre, muayeneye engel olmadıkları ve doktor tarafından çıkarılmaları istenmediği sürece kelepçelerin çıkarılmasına gerek yoktur. Bu tür muayeneler geçirmesi gereken ve terörle ilgili suçlardan mahkum edilen tüm tutuklular için katı gerekler mevcuttur. AİHM, sözkonusu katı tedbirlerin, mahkumunarzettiği riske ve gerçekleştirilecek muayenenin türüne bağlı olarak esnek ve daha pratik bir yaklaşıma izin vermediği kanaatindedir. AİHM Hükümet'in, başvuranın jinekolojik muayenesi hususunda sözkonusu tedbirleri gerektirecek kadar katı bir güvenlik riskinin mevcut olduğunu kanıtlamadığı sonucuna varır.

AİHM, muayene gerçekleştirilmemiş olsa bile, yukarıda kaydedilen güvenlik koşullarının, başvuranın utanmasına, sıkıntı duymasına ve onurunun kırılmasına yol sonucuna varır. Dolayısıyla, AİHS'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir." https://www.kararara.com/aihm/turkce2/aihm11213.htm, Erişim Tarihi:13.06.2021.

ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. AİHM'e göre, hasta kayıtlarının, özel hayat kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bunların özenle saklanmasının zorunluluiğu hatırlatılmıştır. Başvuruyla ilgili olarak verilen AİHM kararında, devlet üstüne düşen bu sorumluluğa uymamış ve yükümlülüklerini yerine getirmemiştir şeklinde tespitler yer almaktadır[44].

AİHM'in sağlık hakkına dair, özel statüde yer alan engelliler için de aldığı birtakım kararlar vardır. Bu kararlardan biride, Arutyunyan / Rusya davasıdır. Bu davada, tekerlikli sandalye ile yaşamını devam ettiren başvurucu, hasta olarak bulunduğu bir binanın 4. Katındaki odadan, asansör bulunmadığı için haftada en az döt kez, diyalize girmek amacıyla zemin kattaki dializ ünitesine ızdırap çekerek gitme vakasını, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak kabul etmiştir.AİHM, bu kararaında, devletin fiziki şartları, engelli vatandaşlara uygun hale getirme gibi bir

[44]AİHM I.Finlandiya, Esas No: 20511/03,Karar tarihi:17/10/2008

"ForTheseReasons, The Court Unanımously;

1. *Declares the application admissible;*
2. *Holds thatthere has been a violation of Article 8 of theConvention;*
3. *Holds thatthere is noneedtoexaminethecomplaints underArticles 6 and 13 of theConvention;*
4. *Holds*

(a) thattherespondentState is to pay the applicant, withinthreemonthsfromthedate on whichthejudgmentbecomes final in accordancewith Article 44 § 2 of theConvention, thefollowingamounts:

(i) EUR 5,771.80 (fivethousand seven hundredandseventy-one euros andeightycents), plusanytaxthatmay be chargeable, in respect of pecuniarydamage;

(ii) EUR 8,000 (eightthousandeuros), plusanytaxthatmay be chargeable, in respect of non-pecuniarydamage;

(iii) EUR 20,000 (twentythousandeuros), plusanytaxthatmay be chargeabletotheapplicant, in respect of costsandexpenses;

(b) thatfromtheexpiry of theabove-mentionedthreemonthsuntilsettlementsimpleinterestshall be payable on theaboveamounts at a rate equaltothemarginallending rate of theEuropean Central Bank duringthedefaultperiodplusthreepercentagepoints;

5. *Dismisses theremainder of the applicant's claimforjustsatisfaction.*

Done in English, andnotified in writing on 17 July 2008, pursuanttoRule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court." https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%2200187510%22]}, Erişim tarihi:13.06.2021.

yükümlülüğünün olduğunu ve dolayısıyla bu yükümlülüğe aykırı davrandığını ortaya koymuştur[45].

AİHM, genel olarak birçok kararında, mahkûm hastalarla ilgili olarak, devletin, bu hastaların bütün tedavi giderlerini karşılaması gibi bir yükümlülüğünün olduğunu ve bu yükümlülüğün maddi imkânların yetersizliği veya sosyal sigorta tarafından karşılanmadığı gerekçeleri ile red edilmesini insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak değerlendirmiştir. Toplum içinde engelliler, göçmenler, mahkumlar gibi özel statüde olan insanların ihtiyaçlarının karşılanmasının zaruri olduğunu ortaya koymaktdır. Bu duruma örnek bir karar olarak; V.D./ Romanya davasında başvurucunun ağzına birtakım diş tedavisin yapılması gerektiği ancak bazı tedavi seçeneklerinin, sosyal sigorta tarafından karşılanmadığı, bu yüzden tedavisin yarı kaldığı anlatılmaktadır. Bukararda, devletin yaklaşımının, sözleşmenin insanlık dışı

[45] AİHM Arutyunyan v. Russia 48977/09, 10.1.2012.

"Theapplicantwaswheelchair-boundand had numeroushealthproblems, including a failingrenaltransplant, verypooreyesight, diabetesandseriousobesity. In April 2009 he waschargedwithmanslaughteranddetained in a regulardetentionfacility. His cellwas on thefourthfloor of a buildingwithout an elevator; themedicalandadministrativeunitswerelocated on thegroundfloor. Owingtotheabsence of an elevator, theapplicantwasrequiredtowalkupanddownthestairs on a regularbasistoreceivehaemodialysisandothernecessarymedicaltreatment. In May 2010 he wasfoundguilty as chargedandsentencedtoelevenyears' imprisonment. Twomonthslater he was sent toanotherdetentionfacilitytoserve his sentencebeforeultimatelybeingtransferredto a regionalhospital, where he beganreceivingtherequisitemedicalassistance. Law – Article 3: For a period of almostfifteenmonthstheapplicant, whowasdisabledanddepended on a wheelchairformobility, wasforced at leastfourtimes a weektogoupanddownfourflights of stairs on his waytoandfromlengthy, complicatedandtiringmedicalproceduresthatwerevitalto his health. Indeed, he had hadtoenduresuchtripswhenever he neededtovisitthemedicalunit, see his lawyer, undergoclinicaltestingorattend a courthearing. Theeffort had undoubtedlycausedhimunnecessarypainandexposedhimto an unreasonable risk of seriousdamageto his health. Itwastherefore not surprisingthat he had refusedtogodownthestairstoexercise in therecreationyard, and had thusremainedconfinedwithinthewalls of thedetentionfacilitytwenty-fourhours a day. Infact, dueto his frustrationandstress, theapplicant had on severaloccasionsevenrefusedtoleave his celltoreceive life-supportinghaemodialysis. Eventhoughthere had apparentlybeennoappropriatedetentionfacilitytotreattheapplicant'sconditionlocally, noattempts had beenmadetofindsuch a placeelsewhere in Russia. Moreover, themajority of themedicalexaminationsandprocedurestheapplicantunderwenttookplace in an ordinaryroomwhich had beentransformedinto a specialmedicalunit. Inthesecircumstances, the Court concludedthatthedomesticauthorities had failedtotreattheapplicant in a safeandappropriatemannerconsistentwith his disability, and had deniedhimeffectiveaccesstothemedicalfacilities, outdoorexerciseandfresh air.."https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-8&filename=002-8.pdf&TID=ihgdqbxnfi ,Erişim Tarihi:23.03.2021.

ve aşağılayıcı muamele yasağına aykırı bir yaklaşım olduğuna karar vermiştir[46]. Ayrıca AİHM buna benzer olarak mahkum hastaların tedavisi ile ilgili kararlarında da yaşam hakkının da bu şekilde ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM'in çevre hakkının sağlık hakkı ve yaşam hakkı ile ilgili olarak kimi kararları da mevcutttur. Bunlardan biri de Öner Yıldız/ Türkiye davasıdır. Bu davada; 1993 yılında, İstanbul'da, Ümraniye Hekimbaşı çöp toplama merkezinde meydana gelen patlama sonucunda, başvurucunun 9 yakının da içinde olduğu 39 kişi hayatını kaybetmiştir. AİHM bu karaında, teknik şartlara uygun olarak yapılmayan bu tesisin açılmasına izin vererek, hem de buranın denetimini yapmayarak, devletin insanların yaşamını tehlikeye attığı tespitini yapmıştır. Devlet çevre planlaması yaparken, topyekün değerlendirme yapıp, bilimsel olan yapı planı yapmalıdır.Ayrıca Devletin bu çöp toplama merkezinin etrafında, güvenlik önlemlerini alma yükümlülüğü vardır.Bu yüzden AİHM, yaşam hakkının ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir[47].

---

[46] "0. V.D. /Romanya, 2010 (94-100) davasında Mahkeme, ödeme imkanı bulunmadığı için diş protezi alamayan ciddi diş problemleri olan (neredeyse hiç dişi olmayan) bir mahpusun şikâyetini ele almıştır. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, özellikle, başvurana protez takılması gerektiğini belirten tıbbi tanıların yetkililerin elinde bulunduğunu, ancak hiçbirinin sağlanmadığını gözlemlemiştir. Bir mahpus olarak, başvuran ancak tam bedelini kendisi ödeyerek bunları elde edebilirdi. Yetkililer tarafından bilinen ve kabul edilen bir gerçek olan sigorta planı maliyeti karşılamadığı ve başvuran gerekli finansal kaynaklardan yoksun olduğu için protezleri alamamıştı. Bu gerçekler, Mahkeme'nin, mahpusların ödemeleri gereken protezlerin maliyetinin oranını belirleyen sosyal kapsama ilişkin kuralların idari engellerle etkisiz hale getirildiği sonucuna varması için yeterliydi. Devlet tarafından tam maliyetin karşılanmasının mümkün hale gelmesinden sonra, başvurana neden protez dişler verilmediğine ilişkin tatmin edici bir açıklamadabulunmamaktaydı" https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020134215mahpus%20haklar%C4%B1%20olarak%20de%C4%9Fi%C5%9Ftirelim%20ba%C5%9Fl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf,Erişim Tarihi:23.03.2021.

[47] AİHM ÖNERYILDIZ Davası, Başvuru no:48939/99,KararTarihi:30Kasım2004 ,"Başvuranın dokuz yakınının kazayla ölümünü önlemede gerekli tedbirlerin alınmaması nedeniyle,AİHS'nin 2. maddesinin esası itibarıyla ihlal edildiğine oybirliğiyle;2. Yaşama hakkının kanun tarafından yeterince korunamaması sebebiyle, AİHS'nin 2. maddesinin usulü itibarıyla ihlal edildiğine bire karşı on altı oyla;3.1 no'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine ikiye karşı on beş oyla;4. 2. maddenin esası bağlamında yapılan şikayete ilişkin olarak AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine ikiye karşı on beş oyla;5. 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesi bağlamında yapılan şikayete ilişkin olarak AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine de ikiye karşı on beş oyla, 6. AİHS madde 6 § 1 veya madde 8 çerçevesinde ele alınacak ayrı bir husus bulunmadığına oybirliğiyle,7. Sorumlu Devlet'in masraf ve harcamalarla ilgili olarak, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde aşağıdaki meblağların, her türlü vergi ve harçlar muaf olmak üzere ödeme günündeki kur üzerinden,ulusalparabiriminedönüştürülerek başvuran Maşallah Öneryıldız'a 2,000 $ (iki bin Amerikan Doları) ve 45,250 Euro (kırk beş bin iki yüz elli Euro) maddi ve manevi

Sağlık ve sağlık hakkına erişim ile ilgili AİHS'de hükümler olmamasına rağmen AİHM, aldığı kararlar ile geniş bir içtihat yaratıp, sağlık hakkının yaşam hakkı, özel hayatın gizliliği, mülkiyet hakkı, işkence yasağı gibi birtakım hak ve özgürlüklerle sıkı bir ilişki içinde olduğunu, insan haklarının bölünemez ve parçalanamaz olduğu özelliğini ortaya koymuştur. Dolayısı ile AİHM, sağlık hakkı ile ilgili her başvuruyu kendi özelinde değerlendirip, AİHS'de yer alan temel haklar boyutuyla kararlar vermiştir. Uluslararası sözleşmelerde, sağlık hakkının kapsamına dair net hukuki değerlendirmeler, devletleri de, sağlık hakkının kapsamını ortaya koymak ve hatta varolanın daha çok genişlemesi konusunda teşvik edici olacaktır.

tazminat;Avrupa Konseyi'nden alınmış olan 3,993.84 Euro'nun 16,000Euro'dan (üç bin dokuz yüz doksan üç Euro) düşülmesiyle elde edilecek tutarın mahkeme masrafları için ödenmesine; başvuranın Hüsamettin, Aydın, Halef Öneryıldız isimli üç reşit oğluna 33,750 Euro (otuz üç bin yedi yüz elli Euro) manevi tazminat ödenmesine; Üç aylık sürenin aşılmasından ödeme gününe kadar geçen süre için Avrupa Merkez Bankası'nın uyguladığı faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın gecikme faizi olarak uygulanmasına oybirliğiylekarar vermiş,"https://hudoc.echr.coe.int/engpress#{%22itemid%22:[%22003120431312513 61%22]},Erişim tarihi:23.03.2021.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HASTA VE HEKİM HAKLARI

3.1. HASTA HAKLARI

3.1.1. Hasta Hakları Tarihsel Gelişimi

Hasta haklarının kaynağı, yaşam hakkı ve sağlık hakkı gibi temel haklardır. Hasta haklarının ortaya çıkışıın nedeni, birey devlet ilişkisi boyutuyla, bireyin temel haklarını, daha etkin bir şekilde kullanabilmesidir. Hasta hakları ile ilgili gelişen hukuki mevzuatların bir diğer amacı da, hasta hekim ilişkisinde, insan onurunun korunması olarak görülmektedir. Aslında, hasta hakları, insan haklarının sağlık hizmetleri boyutuyla hayat bulmuş şeklidir denilebilir. Hasta hakları, kimi kaynaklara göre, sağlık hakkı ile beraber değerlendirilmektedir, kimi kaynaklara göre ise 3. kuşak insan hakları içerisinde değerlendirilmektedir. Hasta hakları kavramının önemi, savunmasız pozisyonda olan hastaların, temel haklarının nitelikli bir şekilde kullanamamasıyla ortaya çıkmıştır. Nitekim hasta, DSÖ'nün de tanımında olduğu gibi biyopsikososyal olarak tam iyilik halinde olmayan bireyler olarak görülmektedir. Bu yüzden, hasta hakları ile ilgili mevzuatlar, tam iyilik halinde olmayan bireylerin, sağlıklı bir yaşama sahip olmaları, nitelikli sağlık hizmetlerinden faydalanabilmesi için geliştirilmiştir. Aslında hasta hakları ile ilgili yapılacak bütün değerlendirmeler, sağlık hakkı kapsamında olup, kişinin sağlıklı bir yaşam sürdürmesi amacına yöneliktir. Özetle, hasta hakları; kişinin, hasta olmasını engellemek veya kişi hasta olmuşsa, sağlık hizmetlerinden en yüksek seviyede yararlanmasını kolaylaştıran, birey-devlet ilişkisinde, bireyin onur ve haysiyetini koruyan haklardandır. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesindeki tanım da benzer şekildedir;*"Hasta hakları: Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip bulundukları ve T.C.*

Anayasası, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklardır"[48].

Hasta haklarının gelişimi, dinamik bir seyir izlemiş olup, köklerinin Hipokrat yeminine kadar gittiğini görmekteyiz. Hipokrat yemininde; hekimin, hastaya yaklaşımına dair, etik ahlaki önerilerde bulunulmuş ve bu konuda, hekime, birtakım ödevler verilmiştir. Hipokrat yemininde,*"Hastamın sağlığına ve esenliğine her zaman öncelik vereceğime, insan yaşamına en üst düzeyde saygı göstereceğime…"*şeklinde, hasta haklarına dair hekime, en temel hak olan yaşam hakkı ile bağlantılı olarak yükümlülükler verilmiştir[49].

Mezopotamya uygarlığında, Hamurabi yasaları ile Hekim hasta ilişkisinin sınırları çizilmiş ve hatta hekimin bu ilişkide, sorumluluklarına uymamasının sonuçları yer almıştır. Öyleki; Hamurabi Kanunları'nda;

"Şayet hekim, birisine bronz bir neşter ile tehlikeli bir yara açarak onu öldürürse veya onun gözünü harab ederse iki eli kesilir.

Şayet hekim, bir esire bronz bir neşter ile tehlikeli bir yara açarak öldürürse, onun yerine bir esir verecektir.

---

[48] Hasta Hakları Yönetmeliği 4. Maddesine bakınız.

https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5,Erişim tarihi:13.06.2021.

[49] Dünya Tabipler Birliği Cenevre Bildirgesi HEKİMLİK ANDI;" Hekimlik mesleğinin bir üyesi olarak; Yaşamımı insanlığın hizmetine adayacağıma, Hastamın sağlığına ve esenliğine her zaman öncelik vereceğime, Hastamın özerkliğine ve onuruna saygı göstereceğime, İnsan yaşamına en üst düzeyde saygı göstereceğime, Görevimle hastam arasına; yaş, hastalık ya da engellilik, inanç, etnik köken, cinsiyet, milliyet, politik düşünce, ırk, cinsel yönelim, toplumsal konum ya da başka herhangi bir özelliğin girmesine izin vermeyeceğime, Hastamın bana açtığı sırları, yaşamını yitirdikten sonra bile gizli tutacağıma, Mesleğimi vicdanımla, onurumla ve iyi hekimlik ilkelerini gözeterek uygulayacağıma, Hekimlik mesleğinin onurunu ve saygın geleneklerini bütün gücümle koruyup geliştireceğime, Mesleğimi bana öğretenlere, meslektaşlarıma ve öğrencilerime hak ettikleri saygıyı ve minnettarlığı göstereceğime, Tıbbi bilgimi hastaların yararı ve sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi için paylaşacağıma, Hizmeti en yüksek düzeyde sunabilmek için kendi sağlığımı, esenliğimi ve mesleki yetkinliğimi korumaya dikkat edeceğime, Tehdit ediliyor olsam bile, tıbbi bilgimi, insan haklarını ve bireysel özgürlükleri çiğnemek için kullanmayacağıma, Kararlılıkla, özgürce ve onurum üzerine, Ant içerim". https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/hekimlik_andi.pdf, Erişim tarihi:13.06.2021.

Şayet onun göz perdesini bronz bir neşter açıp harap etmişse esirin bedelinin yarısını ödeyecektir"[50] şeklinde yer alarak hekime, birtakım sorumluluklar verildiği görülmektedir, hasta haklarının temel bir hak olarak açıklandığı ve bu hakkın öznesinin de herkes olduğu yönündeki mesajlar dikkat çekicidir.

II. Dünya savaşı sonrasında, hasta haklarının gelişimine katkı sunmuş en önemli belgelerden birisi de, Almanya'daki Nuremberg Mahkemeleri sonrası ortaya çıkan Nuremberg Kodlarıdır. II. Dünya savaşı sırasında, Nazili hekimler halkın sağlığı ile ilişkili, bazı hastalıkların tedavisini öğrenmek adına, insanların iznini almadan, Yahudiler, Çingeneler, Slavlar, eşcinsel ve özürlüler üzerinde, insanlık dışı deneyler yapmışlardır. Alman hekimlerin, insanlara uyguladığı, insanlık dışı muamele, Nuremberg Mahkemeleri ile ortaya çıkmış, hekim hasta ilişkisi arasındaki olması gereken etik ve ahlaki bir takım değerler sorgulanmış ve bu değerlerin birtakım kurallarla ortaya çıkması zaruri hale gelmiştir. Bunun sonucunda, Nuremberg Kodları ile hekimler için, insanların tedavisi sırasında, uymaları gereken birtakım etik ilkeler belirlenmiştir[51].

II. Dünya savaşı sonrası, hasta hakları ile ilgili en önemli gelişme; Amerikan Hastane Birliği'nin; hastaların açtıkları tazminat davalarının artması sonucu, zorunlu hale gelmiş olan ve 1972'de yazılı olarak Hasta Hakları Bildirisi'ni yayınlamasıdır. Açılan davalarla, ilk olarak, hastaya yapılacak girişimlerde, mutlaka hastanın onamının alınması gerekliliği ortaya koyulmuştur. Bu tip kararların çıkması ile Amerikan Hastane Birliği, hasta hakları anlamında, çok önemli bir dönüm noktası olan Hasta Hakları Bildirisi'nde; *"hastanın tanı, tedavi ve bakım süreçlerinde saygı görme, bilgilendirilme ve buna dayalı onam verme, yasaların izin verdiği ölçüde tedaviyi reddetme, mahremiyetine saygı gösterilmesini ve kişisel bilgilerin gizliliğinin sağlanmasını isteme, başka bir sağlık kurumuna sevk de içinde olmak üzere talep ettiği hizmetin yapılmasını bekleme, sağlığına ilişkin bilgi ve iletişim konularında bilgilenme, hastalığı konusunda yürütülen bilimsel araştırmalara*

---

[50] Köksal, Bayraktar, "Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu", **İstanbul Üniversitesi Yayınları**, İstanbul, 1972, s.42.

[51] Serpil, Akbulut,**"Hasta Haklarının Anayasal Temeli"**Akdeniz Üniversitesi Sosyal BilimlerEnstitüsüKamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2012, s.20.

katılımı kabul ya da reddetme, tıbbi bakımın sürekliliğinin sağlanmasını bekleme, tıbbi parasal giderleri, hastane kuralları ve düzenlemeleri konusunda bilgilendirilme hakları dile getirilmiştir"[52].

Hasta hakları ile ilgili meydana gelen gelişmeler, Almanya ve Amerika ile sınırlı kalmamış, eksiklikler görüldükçe hasta hakları ile ilgili önemli bildirgeler imza altına alınmıştır. Bu yüzden hasta haklarının evriminde önemli gördüğümüz uluslararası belgeleri açıklamak yerinde olacaktır.

3.2. ULUSLARARASI BELGELERDE HASTA HAKLARI

3.2.1. Lizbon Bildirgesi (Hasta Hakları Bildirgesi-1981)

Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi, Dünya Tabipler Birliği Tarafından, 1981 Yılında, Lizbon'da imza altına alınmıştır. Bu bildiri, bu alanda ilk uluslararası belge olması nedeni ile devletler tarafından büyük bir ilgi görmüştür. Bu bildirge, hasta hakları ve hekimin sorumlulukları başlığı altında 6 maddeden oluşmaktadır. Bildirgeye göre;

"1. Hasta, hekimini özgürce seçme hakkına sahiptir.

2. Hasta, hiçbir dış etki altında kalmadan özgürce klinik ve etik kararlar verebilen bir hekim tarafından bakılabilme hakkına sahiptir.

3. Hastanın, yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul ya da reddetme hakkı vardır.

4. Hasta hekimden, tüm tıbbi ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı duyulmasını bekleme hakkına sahiptir

5. Her hastanın onurlu bir şekilde ölme hakkı vardır.

6. Hasta, uygun bir dini temsilcinin yardımı da içinde olmak üzere, ruhsal ve manevi teselliyi kabul ya da reddetme hakkına sahiptir"[53].

---

[52] Hafize, Türkmen Öztürk, "Hekim-Hasta İlişkisinde Haklar Ve Sorumluluklar", **Toraks Cerrahisi Bülteni**, Mart 2014, Vol. 5 Issue 1, p1-13. 13p 2014, s.6.

3.2.2. Amsterdam Bildirgesi (Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi -1994)

Bu bildirge, DSÖ'ye üye olan Avrupa Ülkelerinin biraraya gelip, Avrupa ülkelerinde hastahaklarının geliştirilmesi ve birtakım ilkelerin belirlenmesi amacıyla Amsterdam'da, 1994 yılında, imza altına alınmıştır. Bu bildirge, Avrupa ükeleri toplantısında hazırlansa da, DSÖ tarafından tüm ülkeler ışığında, uygulamada yerini almıştır.Bu bildirgenin, kendinden önceki hasta hakları bildirgelerinden en önemli farkı, daha kapsamlı ve sağlık hizmetlerinde sağlık hakkının sınırlarının net olarak ortaya koymuş olmasıdır. Ayrıca diğer bildirgelerede olmayan aydınlatılmış onam konusu, bu bildirgede nitelikli bir şekilde yer almış ve çerçevesi belirlenmiştir. Bu bildirge 6 başlıktan oluşmaktadır[54].

1. Sağlık bakımında (hizmetlerinde) insan hakları ve değerleri
2. Bilgilendirme
3. Onay
4. Mahremiyet ve özel hayat
5. Bakım ve tedavi
6. Başvuru

3.2.3. Bali (1995) ve Santiago (2005) Bildirgeleri

Sağlıkta yaşanan değişimlere ayak uydurmak ve Lizbon, Amsterdam Bildirgelerindeki eksiklikleri gidermek adına, Dünya Hekimler Birliğinin, 1995'de yapılan genel kurulunda, 11 başlıktan oluşan Bali Bildirgesi imza altına alınmıştır.

---

[53] Hasan Tahsin, Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013 s. 87.

[54] https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/amsterdam.htm, Erişim Tarihi:25.04.2021.

Bali bildirgesinin temel olarak Lizbon ve Amsterdam bildirgelerinin içeriğini de kapsayan genişletilmiş içeriğinin 11 başlığı şunlardır[55]:

1. Nitelikli tıbbi bakım alma hakkı

2. Seçme özgürlüğü hakkı

3. Kendi yazgısını saptama hakkı

4. Bilinci kapalı hasta

5. Yasal olarak yeterliği olmayan hasta

6. Hastanın istemine karşı uygulamalar

7. Bilgilenme hakkı

8. Gizlilik hakkı

9. Sağlık eğitimi hakkı

10.Onurunu koruma hakkı

11.Dinsel yardım alma hakkı

Günün ihtiyaçlarına göre ve sağlıktaki gelişmelere paralel olarak, Dünya Hekimler Birliği, farklı zamanlarda, bildirgelerde güncellemeler yapmaktadır. 2005 yılında da ana omurgası Lizbon Bildirgesi olan Santiago güncellemesi yapılmıştır.

3.3. ANAYASA VE KANUN BOYUTUYLA HASTA HAKLARI

3.3.1. Anayasal Düzlemde Hasta Hakları

Hasta hakları ile ilgili olarak ülkemizde, çok sayıda düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerin birçoğu, uluslararası hasta hakları bildirgelerinden esinlenerek oluşturulmuştur. Ülkemizde, hasta hakları adı altında tek bir hukuki norm olarak

[55] https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=984:hasta&catid=26:etik&Itemid=65, Erişim Tarihi:25.03.2021.

hasta hakları yönetmeliği olduğu bilinse de aslında dolaylı veya doğrudan hasta haklarını ilgilendiren farklı hukuki düzenlemeler de mevcuttur. Normlar hiyerarşisinde en üst pozisyonda olan anayasamızın 17. maddesinde:

" 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" şeklindekki hüküm ile hasta hekim ilişkisi boyutuyla yapılacak tıbbi müdahalelere bir sınır çizilmiş ve hastaya yapılacak her tıbbi müdahalede, kendisinin rızasının zorunlu olduğu ortaya konulmuştur. Ayrıca yaşam hakkı öznesinin herkes olması gerektiği anlayışıyla hasta haklarının öznesinin de herkes olacağı belirtilmiştir.

Anayasanın 56. maddesinde; *"Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir"* şeklindeki hüküm ile Devletin sosyal devlet olduğu ve ayrıca insanların, sağlıklı bir çevrede yaşamak için devletten, pozitif yükümlülük anlamında, taleplerinin olabileceği ortaya koyulmuştur. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile yürürlüğe giren 20. Maddenin,

"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir" hükmüyle hastaların mahremiyetine asla dokunulamayacağını ve bununla ilgili her türlü

bilginin paylaşılamayacağı vurgusu ile hasta için asla dokunulamayacak alanının çerçevesi, anayasal düzlemde çizilmiş olmaktadır.

Hasta haklarını, birçok açıdan temellendirmiş, anayasa maddeleri mevcuttur ancak bu hakkın talep edilmesi noktasında, en önemli dayanak, anayasanın 40. maddesidir: *"Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır"*.

3.3.2. Kanun Boyutuyla Hasta Hakları

Ülkemizde, hasta hakları ile ilişkili, çok sayıda kanuni mevzuat mevcut olup, tarih içerisinde, dünyadaki gelişmelerle paralel olarak, dinamik bir seyir izlemiştir. Bu durumu örneklemek gerekirse, ilk olarak; 14.04.1928 tarihinde, resmi gazetede yayınlanan Tababet ve Şuabatı Tarzı İcrasına Dair Kanun ile hasta hekim ilişkisinde tıbbi müdahalede bulunma yetkisinin kimlerde olduğu ve yetkili kişilerin mesleklerini nasıl icra edeceği ortaya koyulmaktadır[56]. Daha sonraki yıllarda, resmi gazetede yayınlanan Umumi Hıfzıssıhha Kanunun 1. Maddesinde; *"Memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindendir"* şeklinde yapılan değerlendirme ile insanlara sağlık hizmetlerinden yararlanmayı bir hak olarak veren ve verilecek sağlık hizmetlerinin de devletin kamu görevi olarak yerine getirmesi gerektiği vurgulanmıştır[57]. 19.02.1960'ta yayınlanan Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nde ise; hekimlerin, hastaya, tıbbi müdahalede, yapacaklarının sınırları, ortaya koyulmuş ve hekimlerin sorumlulukları, yükümlülüklerinin açıkça belirtilmiş olması dikkat çekicidir[58]. Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleşmesi Hakkında Kanunun gerekçesinin 1.maddesinde; *"İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde bir hak olarak tanınan sağlık hizmetlerinden faydalanmanın sosyal adalete uygun bir*

[56]https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=984:hasta&catid=26:etik&Itemid=65, Erişim Tarihi:25.03.2021.

[57]https://www.saglik.gov.tr/TR,10384/tarihi24041930--sayisi1593--rg-tarihi06051930--rg-sayisi1489--umumi-hifzissihha-kanunu.html, Erişim Tarihi: 25.03.2021.

[58]https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf, Erişim Tarihi:25.03.2021.

*şekilde ifasını sağlamak maksadıyla tababet ve tababetle ilgili hizmetler bu kanun çerçevesinde hazırlanacak bir program dahilinde sosyalleştirilecektir."*şeklindeki değerlendirme sağlık hizmetlerinin sosyal devlet anlayışıyla nasıl yerine getirilmesi gerektiği vurgulanmıştır[59]. Daha sonra, hasta haklarının bir başka boyutu olan aydınlanma hakkı ile ilgili değerlendirmelerin içinde yer aldığı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun, 03.05.1979 tarihinde, yürürlüğe girmiştir[60]. Devletin, Sağlık hizmetlerinin sunarken kurumlar arası organizasyonu nasıl yapacağı yönündeki tespitlerin yer aldığı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Teşkilatı ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamesi, sağlık hakkı bağlamındaki bir diğer mevzuat olarak yer almaktadır[61].

3.4. HASTA HAKLARI YÖNETMELİĞİ

3.4.1. Genel Olarak

Ülkemizde, uluslararası insan hakları ile ilgili belgeleri ve Uluslararası hasta hakları bildirgelerini, kendine referans alıp ve hasta hakları ismiyle ortaya çıkan ilk hukuki mevzuat hasta hakları yönetmeliğidir. Hasta hakları yönetmeliği, yukarıda anlattığımız birçok mevzuattaki, hasta hakları ile ilişkili değerlendirmeleri tek çatı altına alması ile önemli hale gelmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği dokuz bölüm ve toplam elli bir maddeden oluşup yönetmeliğin amacı 1. Maddesinde;

"Bu Yönetmelik; temel insan haklarının sağlık hizmetleri sahasındaki yansıması olan ve başta Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda, diğer mevzuatta ve milletlerarası hukuki metinlerde kabul edilen "hasta hakları"nı somut olarak göstermek ve sağlık hizmeti verilen bütün kurum ve kuruluşlarda ve sağlık kurum ve kuruluşları dışında sağlık hizmeti verilen hallerde, insan haysiyetine yakışır şekilde herkesin "hasta hakları"ndan faydalanabilmesine, hak ihlallerinden korunabilmesine ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını fiilen kullanabilmesine dair usül ve

[59]https://www.saglik.gov.tr/TR,10388/sayisi224--rg-tarihi12011961--rg-sayisi10705-saglik-hizmetlerinin-sosyallestirilmesi-hakkinda-kanun.html,Erişim Tarihi:25.03.2021.

[60]https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf, Erişim Tarihi:25.03.2021.

[61]https://www.saglik.gov.tr/TR,10369/tarihi13121983--sayisi181--rg-tarihi14121983--rg-sayisi18251-saglik-bakanliginin-teskilat-ve-gorevleri-hakkinda-kanun-hukmunde-kararname.html,Erişim Tarihi:25.03.2021.

esasları düzenlemek amacı ile hazırlanmıştır" şeklinde yer alarak hasta haklarının temel insan hakları ile sıkı ilişki içinde bulunduğu tespiti yapılmış ve devlete, hasta hakları ile ilgili yapması gerekenler sıralanmıştır. Sağlık hizmeti sunulurken, bu yönetmeliğin kimleri kapsadığı konusu da şöyle yer almaktadır:

"Bu Yönetmelik; sağlık hizmeti verilen resmi ve özel bütün kurum ve kuruluşları, bu kurum ve kuruluşlarda veya bunların dışında hizmete katılan her kademedeki ve unvandaki ilgilileri ve hizmetten faydalanma hakkını haiz olan bütün fertleri kapsar"[62].

Hasta hakları yönetmeliği, sağlık hizmetleri sunumunda karşılaşılacak sorunların çözümünde ve bu hizmetin insanlara ulaşması esnasında oluşabilecek sorunları ve çözümleri şöyle ortaya koymaktadır:

"a) Bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının, en temel insan hakkı olduğu, hizmetin her safhasında daima gözönünde bulundurulur.

b) Herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını haiz olduğu ve hiçbir merci veya kimsenin bu hakkı ortadan kaldırmak yetkisinin olmadığı bilinerek, hastaya insanca muamelede bulunulur.

c) Sağlık hizmetinin verilmesinde, hastaların, ırk, dil, din ve mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve ekonomik ve sosyal durumları ile sair farklılıkları dikkate alınamaz. Sağlık hizmetleri, herkesin kolayca ulaşabileceği şekilde planlanıp düzenlenir.

d) Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.

e) Kişi, rızası ve Bakanlığın izni olmaksızın tıbbi araştırmalara tabi tutulamaz.

[62]https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:07.04.2021

f) Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."[63]

Hasta hakları yönetmeliği yukarıda saydığımız ilkeler ışığında, alacağı önlemleri ve yükümlülükleri, 6 başlık altında değerlendirmiştir, biz de bu temelde hasta haklarını ele almaya çalışacağız.

1. Sağlık Hizmetlerinden Faydalanma Hakkı

2. Sağlık Durumu ile ilgili Bilgi Alma Hakkı

3. Hastanın Özel Yaşamına Saygı, Gizlilik ve Mahremiyet

4. Tıbbi Müdahalenin Hastanın Rızasıyla Yapılması Hakkı

5. Tıbbi Araştırmalarda Hasta Sağlığının Korunması Hakkı

6. Diğer Haklar

3.4.2. Sağlık Hizmetlerinden Faydalanma Hakkı

Yönetmeliğin ikinci bölümünde, hasta haklarına yaklaşımın, sağlık hakkı kapsamında olması gerekliliği ve insan haklarının öznesi ile ilişkili olarak, hasta haklarının öznesinin kimler olacağı konusunda net mesajlar verilmektedir.

"Hasta, adalet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde sağlıklı yaşamanın teşvik edilmesine yönelik faaliyetler ve koruyucu sağlık hizmetleri de dâhil olmak üzere, sağlık hizmetlerinden ihtiyaçlarına uygun olarak faydalanma hakkına sahiptir. Bu hak, sağlık hizmeti veren bütün kurum ve kuruluşlar ile sağlık hizmetinde görev alan

[63] Hasta Hakları Yönetmeliği 5.Maddesi; Sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması gerekenilkeler, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:07.04.2021.

personelin adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun hizmet verme yükümlülüklerini de içerir"[64].

3.4.2.1. Bilgi İsteme

Bu hak ile sağlık kuruluşlarına; hastaya verdikleri sağlık hizmetlerinin neler olduğu ve nitelikleri konusunda sorumluluklar verilmiştir. Ayrıca hastaların bilgi edinme haklarını elde edebilmeleri için sağlık kuruluşlarının, hasta için, hem kolaylaştırıcı hem de şekli olarak yapması gereken sorumluluklar belirtilmiştir.Bigi edinme hakkı olarak, sağlık personelinin uygulayacağı tedavinin veya tetkikin ayrıntıları anlatılıp, gerçekleşebilecek olası kötü sonuçların da, hastaya aktarılması gerektiği ortaya konulmaktadır. Ayrıca hasta, bu hak kapsamında kendisiyle ilgili tüm dokümantasyona ulaşabilmeli ve bunları talep edebilmelidir.

"Hasta, sağlık hizmetlerinden nasıl faydalanabileceği konusunda bilgi isteyebilir. Bu hak, hangi sağlık kuruluşundan hangi şartlara göre faydalanılabileceğini, sağlık kurum ve kuruluşları tarafından verilen her türlü hizmet ve imkanın neler olduğunu ve müracaat edilen kuruluşta verilen sağlık hizmetlerinden faydalanma usulüne öğrenme haklarını da kapsar.

Bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastayı birinci fıkra uyarınca bilgilendirmek için yeterli teknik donanımı haiz birimi oluşturmak; bu birimde, hastaya kesin ve yeterli bilgi verebilecek nitelik ve ehliyete sahip personeli daimi olarak istihdam etmek ve hastanın ihtiyacı olan birimlere kolayca ulaşabilmesini temin etmek üzere, kuruluşun uygun yerlerinde bilgilendirici tabela, broşür ve işaretler bulundurmak gibi tedbirleri almak zorundadırlar"[65].

[64] Hasta Hakları Yönetmeliği 6.Maddesi;Sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması gereken ilkeler, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:07.04.2021.

[65] Hasta Hakları Yönetmeliği 7.Maddesi;Sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması gereken ilkeler, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:07.04.2021.

3.4.2.2. Sağlık Kuruluşunu Seçme ve Değiştirme

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 8. Maddesinde hastaya, sağlık hizmeti alacağı kuruluşu seçme hakkı verilmiş olmakla beraber aynı zamanda bu hakkın hangi koşullarda kullanılabileceği de ortaya koyulmuştur.

"Hasta; tabi olduğu mevzuatın öngördüğü usül ve şartlara uyulmak kaydı ile, sağlık kurum ve kuruluşunu seçme ve seçtiği sağlık kuruluşunda verilen sağlık hizmetinden faydalanma hakkına sahiptir.

Mevzuat ile belirlenmiş sevk sistemine uygun olmak şartı ile hasta sağlık kuruluşunu değiştirebilir. Ancak, kuruluşu değiştirmenin hayati tehlikeye yol açıp açmayacağı ve hastalığının daha da ağırlaşıp ağırlaşmayacağı hususlarında hastanın tabip tarafından aydınlatılması ve hayati tehlike bakımından sağlık kuruluşunun değiştirilmesinde tıbben sakınca görülmemesi esastır.

Acil vak'alar dışında, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olup da mevzuatın öngördüğü sevk zincirine uymayanlar aradaki ücret farkını kendileri karşılar.

Hastanın sağlık kuruluşunda kalmasında tıbben fayda bulunmayan veya bir başka sağlık kuruluşuna nakli gerekli olan hallerde, durum hastaya veya 15 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen kişilere açıklanır. Nakilden önce, gereken bilgiler nakil talebinde bulunulan veya tıbben uygun görülen sağlık kuruluşuna, sevkeden kuruluş veya mevzuatla belirlenen yetkililerce verilir. Her iki durumda da hizmetin aksamadan ve kesintisiz olarak verilmesi esastır"[66].

3.4.2.3. Personeli Tanıma, Seçme ve Değiştirme

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 9. Maddesi ile hastanın alacağı sağlık hizmetini, kimlerin yapacağını seçme hakkı ve bununla ilgili sınırlamalar çizilmiştir:

[66] Hasta Hakları Yönetmeliği 8.Maddesi;Sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması gereken ilkeler, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:07.04.2021.

“ Hastaya talebi halinde, kendisine sağlık hizmeti verecek veya vermekte olan tabiplerin ve diğer personelin kimlikleri, görev ve unvanları hakkında bilgi verilir.

Mevzuat ile belirlenmiş usüllere uyulmak şartı ile hastanın, kendisine sağlık hizmeti verecek olan personeli serbestçe seçme, tedavisi ile ilgilenen tabibi değiştirme ve başka tabiplerin konsültasyonunu istemek hakkı vardır.

Personeli seçme, tabibi değiştirme ve konsültasyon isteme hakları kullanıldığında, mevzuat ile belirlenen ücret farkı, bu hakları kullanan hasta tarafından karşılanır”[67].

3.4.2.4. Öncelik Sırasının Belirlenmesini İsteme

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 10. Maddesinde yer alan bu hak ile; *“Sağlık kuruluşunun hizmet verme imkanlarının yetersiz veya sınırlı olması sebebiyle sağlık hizmeti talebi zamanında karşılanamayan hallerde, hastanın, öncelik hakkının tıbbi kriterlere dayalı ve objektif olarak belirlenmesini istemek hakkı vardır. Acil ve adli vak'alar ile yaşlılar ve engelliler hakkında öncelik sırasının belirlenmesinde ilgili mevzuat hükümleri uygulanır”*[68] hastaların hangi kriterlere göre önceliklendirilecekleri ortaya konulmuştur.

3.4.2.5.Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı ve Ötenazi yasağı

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 12. Ve 13. Maddesi ile *“Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez”*[69] şeklinde belirtilerek yaşam hakkı ile çok sıkı

---

[67] Hasta Hakları Yönetmeliği 9.Maddesi;Sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması gereken ilkeler, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:07.04.2021.

[68] Hasta Hakları Yönetmeliği 10.Maddesi;Sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması gerekenilkeler,https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:07.04.2021.

[69] Hasta Hakları Yönetmeliği 12.Maddesi;Sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması gerekenilkeler,https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:07.04.2021.

ilişki içinde bulunan bu hak da bu yönetmelikle güvence altına alınmıştır. Ötenazi konusunda, tüm dünyada tartışılmakla beraber, yaşam hakkı, insanın olmazsa olmaz çekirdek haklarından biri olarak değerlendirildiği için tam bir konsensüs yoktur.

3.4.3. Sağlık Durumu İle İlgili Bilgi Alma Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 3.Bölümü kapsamında, hastanın kendi hastalığıyla ilgili olarak, bilgi edinme hakkının sınırları çizilmiş, bilgi edinme haklarının usülü üzerinde durulmuş, sağlık hizmeti sunucularının, bilgi vermelerinin usulü anlatılmış olup ve bir de hasta bilgilerinin paylaşım yasağı sınırlamaları yer almaktadır. Bu maddede asıl önemli olan; hastaya verilecek her sağlık hizmeti sırasında, ayrıca hastaya bigilendirme yapılmasının önemi vurgulanmıştır, verilecek olan bilgiler, hastanın sağlık hizmeti alırken, sağlık hizmetleri sunucuları ile uyum içerisinde olmasını da sağlamış olacaktır.

3.4.4. Hasta Haklarının Korunması

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4.Bölümünde, mahremiyete saygı gösterilmesi, rıza olmaksızın tıbbi ameliyeye tabi tutulmama, bilgilerin gizli tutulması gibi başlıklar yer almaktadır ve bu madde ile özel hayatın gizliliği hakkının ilişkisinin önemi vurgulanmıştır.

3.4.4.1. Mahremiyete Saygı Gösterilmesi

Hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesinin gerekliliği ve bunun sınırları üzerinde durulmuştur. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 21. Maddesinde de yer aldığı şekliyle hastanın mahremiyetine saygı için ortaya koyulan çerçeve şöyledir:

"a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,

b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,

c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,

d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbimüdahale sırasında bulunmamasını,

e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,

f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar. Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez"[70].

Hasta haklarının korunması başlığı altında, bir diğer önemli konu da hastanın rızası olmadan hastaya tıbbi müdahalede bulunamayacağı ve hukuki anlamda zorunluluk olması hallerinde ise nasıl bir uygulama içerisine girilmesi gerektiği hususuna değinilmiştir:

"Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbiameliyeye tabi tutulması, hâkimin kararına bağlıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu ameliye, cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir"[71].

3.4.5. Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızası

Bu başlık altında; Yaşam hakkı ve özel hayatın gizliliği ile sıkı ilişki içinde bulunan, tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının alınmasının zorunlu olması gerekliliği ve bu rızanın nasıl alınması gerektiği konusunda geniş açıklamalar yer almaktadır;

"Tıbbimüdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı

---

[70] Hasta Hakları Yönetmeliği 21.Maddesi;Sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması gerekenilkeler,https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:07.04.2021.

[71] Hasta Hakları Yönetmeliği 22.Maddesi;Sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması gerekenilkeler,https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:07.04.2021.

veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.

Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanlarıanlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgilialınacak kararlara katılımısağlanır

Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 incimaddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır

Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.

Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbimüdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur"[72].

Hastanın rızasının usulü hakkında açıklama şu şekilde yer almaktadır:

[72] Hasta Hakları Yönetmeliği 24.Maddesi;Sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması gereken ilkeler,https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:07.04.2021.

"Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyuşmazlığa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgilisağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formlarıarşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir"[73].

Rızanın alınmasının zorunlu olmayacağı istisnai haller şunlardır:

"Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir. Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz"[74].

Hasta hakları yönetmeliğinin bu başlığı altında organ nakli ile ilgili olarak varaolan diğer düzenlemeler ve bununla ilişkisi de şöyle yer almakatadır:

"18 yaşından küçük ve mümeyyiz olmayanlardan organ ve doku alınamaz. Bu şartları tamam olanlardan teşhis, tedavi ve bilimsel amaçlar ile organ veya doku alınması, 2238 sayılı Organ ve DokuAlınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 6 ncımaddesinde öngörülen yazılı şekil şartına tabidir. Ölüden organ ve

[73] Hasta Hakları Yönetmeliği 26.Maddesi;Sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması gerekenilkeler,https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:07.04.2021.

[74] Hasta Hakları Yönetmeliği28.Maddesi;Sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması gereken ilkeler, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:07.04.2021.

doku alınma şartı ve cesetlerin bilimsel araştırma için muhafazası hususunda 2238 sayılı Kanun'un 14 üncü maddesi hükümlerisaklıdır"[75].

Hasta hakları yönetmeliğinin "Diğer Haklar" başlığı altında sağlık hizmeti sağlayıcılarının sorumlulukları sıralanmıştır;

"Sağlık hizmetlerinde görev alan bütün personel; hastalara, yakınlarına ve ziyaretçilere güleryüzlü, nazik, şefkatli ve sağlık hizmetleri ile ilgili mevzuat ve bu Yönetmelik hükümlerine uygun şekilde davranmak zorundadır.

Sağlık hizmetlerinin her safhasında, hastalara, onların bedeni ve ruhi durumları dikkate alınarak, hangi işlemin neden ve nasıl yapıldığı, yapılacağı ve bekletilmelerisözkonusu ise, bekletilmenin sebepleri hususunda gerekli ve yeterli bilgi verilir.

Sağlık kurum ve kuruluşlarında, insan haysiyetine yakışır gereken her türlü hijyenik şartların sağlanması, gürültünün ve rahatsız edici diğer bütün etkenlerin bertaraf edilmesiesastır. Gerektiğinde, bu hususlar hasta tarafından talep konusu yapılabilir.

Hasta ziyaretçilerinin kabul edilmesi, kurum veya kuruluşça belirlenen usul ve esaslara uygun olarak ve hastaların huzur ve sükunlarını bozacak fiil ve tutumlara sebebiyet vermeyecek şekilde gerçekleştirilir ve bu konuda gereken tedbirler alınır"[76].

[75] Hasta Hakları Yönetmeliği29.Maddesi;Sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması gereken ilkeler, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:07.04.2021.

[76] Hasta Hakları Yönetmeliği39.Maddesi;Sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması gereken ilkeler, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:07.04.2021.

3.5. HEKİM HAKLARI

3.5.1. Genel Olarak

Hekimler, yaşam hakkı ve sağlık hakkı ile ilişkili olarak, insan sağlığını koruyan ve oluşan hastalıkları tedavi etmek amacı olan, sağlık meslek mensuplarıdır. Hekimin asli görevi, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 14. maddesinde şöyle sıralanmıştır:

"Tabip ve diş tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir. Tabip ve diş tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur. Meş'um bir pronostik19 hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihsas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir pronostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tayin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir"[77].

Hekim, tıbbi müdahale sürecinde, hasta ile güven içinde bir ilişki kurmak durumundadır. Hekimler sağlık hizmeti sunarken, verilen hizmetin bir diğer tarafı olan hastaların hakları, hukuki mevzuat ile belirlenmişken; bu hizmetin bir diğer tarafında yer alan hekimlerin haklarının aynı veya farklı bir hukuki mevzuat ile belirlenmesi gerekir. Çünkü hasta ile hekimi birbiri karşısında olan bireyler olarak değil; aynı sağlık sistemi içerisinde, aynı ortamları paylaşan, bu ortamlardan gelişebilecek bütün olumsuzluklardan aynı miktarda etkilenen bireyler olarak değerlendirmek daha doğru olacaktır. Bu anlamda hekim haklarının, ortaya konulacak bir hukuki mevzuatla, net bir şekilde belirlenmesi, sunulan sağlık hizmetinin daha iyi işlemesi açısından tamamlayıcı olacaktır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, hasta hakları ve hekim hakları birbirinin olmazsa olmaz

[77] TıbbiDeontolojiNizamnamesi14.Maddesi,https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf,Erişim Tarihi:29.03.2021.

tamamlayıcı unsurlarıdır. Hekim, hastaya sağlık hizmeti sunarken, bir takım haklarının olduğunu bilerek ve özgün hareket ederek, tıbbi müdahalenin daha olumlu olmasını sağlayacaktır. Bununla ilgili olarak, Lizbon hasta hakları bildirgesinde;*"Hasta, bir dış baskı altında kalmadan özgürce çalışabilen bir hekim tarafından bakılma hakkına sahiptir."* şeklinde yer verilerek, tıbbi müdahale sürecinde, hekimin özgünlüğünün önemine vurgu yapılmıştır. Dolayısı ile hastanın, daha iyi bir hizmet alması için, hasta-hekim ilişkisi içerisinde, hekimin de haklarının olması gereklidir. Hasta- hekim ilişkisi, tarafların eşit konumda olduğu bir ilişki türü olmalıdır. Ancak ülkemizde, bu eşit ilişki içerisinde yer alan taraflardan biri olan hastalara haklar sunulurken, aynı mevzuat içerisinde, bu ilişkinin diğer tarafında yer alan hekimlere sorumluluklar yüklenmiştir. Bu düzenleme ile eşit olması gereken hasta –hekim ilişkisinin güven boyutu zarar görmüş ve bunun sonucunda verilen sağlık hizmetlerinin, daha ideal olması önünde engel olunmuştur. Sonuç olarak, hasta ve hekim ilişkisinde, iki taraf da aynı amaca yönelmiş taraflar olup, bu ilişkide kendiliğinden oluşan bir ekip ruhu vardır; bu işbirliği ile verilecek sağlık hizmetleri daha idealize hale geleceği aşikardır.

Hekim hakları ile ilgili olarak, hasta haklarında olduğu gibi bir mevzuat olmamakla beraber, 4-5 Nisan 2008 tarihlerinde "TTB Etik Bildirgeler Çalıştayı"nda geliştirilmiş, 20 Haziran 2009 tarihinde "TTB II. Etik Bildirgeler Çalıştayı"nda güncellenmiş, 26 Haziran 2009 tarihinde TTB 58. Büyük Kongre'sinde kabul edilen Hekim Hakları Bildirgesi, önemli bir yer tutmaktadır. Bu bildirgede yer hakları başlıklar halinde incelemek yerinde olacaktır[78].

3.5.2. Hekimin Sağlık Hizmeti Sunduğu Kişi ve Topluma İlişkin Hakları

Hekim Hakları Bildirgesi 1. Başlığı altında hekimin hizmet sunduğu kişilere karşı hakları şu şekilde yer almaktadır: "*Hekimlik mesleki öğretisi, tıbbi ölçütler dışında hiçbir özellik ya da kıstasa göre ayrım yapmama ilkesiyle hizmet sunmayı esas alır. Ancak, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ve TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nda da belirtilen koşulların oluşması halinde, hizmet sunma yükümlülüğü*

[78]https://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=484cccb8-9041-11ea-9b7d-6d38d16eb233, Erişim Tarihi:29.03.2021.

ortadan kalkabilir. Ayrıca sözlü ya da fiziksel bir şiddet söz konusu olduğunda da hekim o hastaya hizmet sunmaktan çekilebilir.

Hekimin çekilme koşullarının oluştuğu durumlarda, hastanın sağlığa erişim hakkının güvence altına alınması, sağlık kuruluşunun sorumluluğundadır. Bu sorumluluk, hizmet sunmayı reddetme gerekçesi ile diğer hizmet olanakları konusunda hastayı ya da kendisi hakkında karar verme yeterliliğinde değilse, yasal temsilcisini bilgilendirmeyi de kapsar. Ancak acil tıbbi girişim gerektiren durumlarda eğer mevcut hekim dışında müdahale mümkün değilse hekimin sorumluluğu devam eder.

Çalışma ortamında enfeksiyon kontrolü açısından güncel korunma araçları bulunmuyor ve hastanın durumu acil girişim gerektirmiyor ise, hekim kendisini ve başkalarını korumak gerekçesiyle hastayı uygun olanakların bulunduğu yerlere yönlendirebilir. Böylesi bir durumda hekim çalışma ortamının olumsuzluklarının en kısa zamanda düzeltilmesi için gerekli girişimlerde bulunmalıdır.

Güncel korunma önlemlerinin yetersiz kaldığı, enfeksiyon zinciri henüz tam olarak tanımlanmamış bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda, kesin kurallar getirmek çok güçtür. Bununla birlikte, mesleki bilgi ve becerisi dolayısıyla bir hekim tarafından hastaya etkili girişimde bulunulması en iyi seçenektir. TTB ayrıca, tıp mesleği ile toplum arasında bulunan güvene dayalı geleneksel sözleşmenin gereği olarak hekime bu konuda yükümlülük doğduğunu vurgular.

Hekim, sağlık hizmeti sunulan kişi ve yakınlarından gelebilecek istemleri, bilimsel bilgiye uyumluluğu ve hasta/toplum yararı temelinde değerlendirerek mesleki bağımsızlık çerçevesinde geri çevirme hakkına sahiptir. Ayrıca bu türden istemler, toplumsal kaynakların adil dağılımını sağlamak gerekçesiyle de geri çevrilebilir"[79].

[79] Hekim Hakları Bildirgesi,https://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=484cccb8-9041-11ea-9b7d-6d38d16eb233, Erişim Tarihi:13.06.2021.

3.5.3. Hekimin Çalıştığı, Sağlık Hizmetinin Üretildiği, Sunulduğu Ve Finanse Edildiği Kurumlara İlişkin Hakları

Hekim Hakları Bildirgesinin 2. Başlığı altında hekimlerin çalıştıkları kurumlara karşı hakları şu şekilde açıklanmıştır: *"Çalışma hakkı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde de yer alan vazgeçilmez bir haktır. Hekim bir çalışan olarak; mesleki sorumlulukları ve toplumdaki rolüne uygun yeterli gelir elde etme, eşit davranılma, sendika kurma ve üye olma, istihdam edilme ve işe erişme, izin kullanma, işten ayrılma, işçi sağlığı ve iş güvenliğinin sağlanması, yasal ve güvenceli çalışma haklarına sahiptir. Hekimin çalışma hakkının korunması, hekimin yetiştirilmesi için harcanan kaynakların toplum yararına kullanılması ve toplum sağlığı için de önemli bir gerekliliktir. Dolayısıyla hekimin mesleğini uygulamaya başlaması ve çalışmasını sürdürmesi, yöneticilerin keyfi uygulamaları ya da evrensel haklarla uyumsuz hukuki tasarruflarla engellenmemelidir.*

Hekim; çalışma ortamının fizik özelliklerinden mesleki risklerin olası en düşük düzeye indirilmesine kadar hizmetin nitelikli sunulabilmesinin tüm koşullarının ve gerekli araçların sağlanmasını talep etme hakkına sahiptir. Hekimlerin çalıştıkları kurumlarda, sağlıklı ve güvenli çalışma ortamı ve süresi sağlanmalıdır. Devlet başta olmak üzere sağlık hizmeti sunan tüm kurumlar hem sağlık hizmetlerini sunması hem de denetleme görevinin olması nedeniyle, bu hakkın kullanılmasının koşullarını güvence altına almakla yükümlüdür.

Hekim, pozitif yükümlülüğü gereği devletten can ve mal güvenliğinin, sağlıklı koşullarda çalışabilmesinin sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Hekim, sürekli tıp eğitimi ve sürekli mesleki gelişim etkinliklerine özlük hakkı kaybı olmaksızın katılma hakkına sahiptir.

Hekim, örgütlenme hakkına, çalıştığı kurumlarda yönetsel ve hizmete ilişkin kararlara katılma ve denetleme hakkına sahiptir.

Hekimin, mesleki uygulama sırasında ortaya çıkan cezai yükümlülükler konusunda kurumundan hukuki destek alması sağlanmalıdır.

Hekim, hekimlik meslek ahlakına uygun olmayan davranışlara ortak olmamalıdır.

Hekim, geri ödeme kurumları ve/veya çalıştığı sağlık kurumlarının bilimsel bilgi ve etik ilkelerle bağdaşmayan taleplerini uygulamamalıdır"[80].

3.5.4. Hekim Haklarının Tanımlanması

3.5.4.1. Sağlıklı ve Güvenli Bir Ortamda Çalışma Hakkı

Hekimler, hastalara sağlık hizmeti sunarken, çok ciddi risklerle karşılaşmaktadırlar. Sunulan sağlık hizmetinin bir tarafında yer alan hekimin, sağlıklı olmayışı veya bu hizmetin sağlıklı bir ortamda verilmemesi, hekimin vereceği hizmette, aksaklıklara neden olacaktır. Ayrıca, hekimlerin de, yaptıkları meslek dışında bir birey oldukları unutulmamalıdır, bu nedenle de sağlıklı yaşama hakkına sahiptirler. Hekimlerin, böyle riskli bir mesleği icra ediyor olmaları, en temel hakları olan sağlıklı yaşam ve çalışma hakkını istemeleri önünde engel değildir. Hekimler, yaptıkları meslek nedeni ile kendisinin ve çalıştığı ortamda bulunan insanların sağlıklarını koruma yükümlülükleri de vardır, bu durum Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde şöyle vurgulanmıştır: "*Hastaya bakmak üzere bir aile nezdine veya herhangi bir müesseseye çağrılan tabip, korunmayı da sağlamaya çalışır. Tabip, hastalara ve onlarla birlikte yaşayanlara, kendilerine ve muhitlerine karşı mesuliyetlerini bildirir. Tabip icabında, tedaviye devamı reddetmek pahasına da olsa, hijyen ve korunma kaidelerine riayeti temin için gayret sarfeder"*[81]. Hekimlerin, meslektaşlarının sağlıklarını koruma yükümlülüğü, başka bir hukuki mevzuat olan 6023 TTB Kanunu 4. Maddesinde;*"Halkın sağlığını korumaya, azalarını muayyen refah seviyesine ulaştıracak gerekli iş sahaları bulmaya, İş Kanunu ile sosyal kanunların ve ilgili diğer mevzuat hükümlerinin tatbikatında*

---

[80] Hekim Hakları Bildirgesi,https://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=484cccb8-9041-11ea-9b7d-6d38d16eb233, Erişim Tarihi:13.06.2021.

[81] TıbbiDeontolojiNizamnamesi15.Maddesihttps://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf, Erişim Tarihi: 01.04.2021.

meslek ve meslektaşların hak ve menfaatlerini korumaya ve her türlü iş tevziinin adilane bir surette düzenlenmesine çalışmak"[82] şeklinde düzenlenmiştir.

Hekimlik mesleği, yüksek dikkat gerektiren bir meslektir. Bu yüzden, hekimlerin sağlıklı bir ortamda mesleklerini icra edememeleri ve kendilerinin sağlıklı olmamaları, verilen sağlık hizmetlerini aksaklığa uğratacak ve dolayısıyla bu durum hastalara zarar verecektir. Ülkemizde, son yıllarda, çok sayıda, sağlıkta şiddeti içeren olaylar yaşanmaktadır. Bu durum, hekimlerin, güvenli bir ortamda, sağlık hizmeti sunmalarının, ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır. İnsanların, biyopsikososyal varlıklar olduklarını vurgularken, hekimlerin de bir insan olduklarını unutmamak gerekir. Güvenli olmayan bir ortamda, sağlık hizmeti sunan hekimlerin, ne kadar sağlıklı karar vereceği konusu, elbette önemli hale gelmektedir. Sonuç olarak, hekimlerin ideal bir sağlık hizmeti vermeleri isteniyorsa ve onlardan bilimsel başarılar bekleniyorsa, mutlaka hekimlerin, sağlıklı olması ve çalıştıkları ortamında sağlıklı ve güven içerisinde olmasının sağlanması gerekecektir.

3.5.4.2. Hekimlerin Mesleki Bilgi ve Becerisini Geliştirmesi

Teknolojik ve bilimsel gelişmeler ışığında, tıp biliminde, hızlı değişimler yaşanmaktadır. Hekimler, sağlık hizmeti sunarken, bilime ayak uydurmalı ve bilgi birikimi açısından üst düzeyde donanımlı olmalıdır. Aksi takdirde, hekim, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olup, hukuki sorumluluk altına girmiş olacaktır. Bu yüzden, hekimlerin, tıp fakültelerinde aldıkları eğitime ilave olarak, mezuniyet sonrası eğitimlere, hizmet içi eğitim şeklinde alınmaları gerekir. Bu durumun gerekliliği ile ilgili tespitler, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunun md.3/g'de şöyle yer almaktadır: "*Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı; sağlık ve yardımcı sağlık personelinin yurt düzeyinde dengeli dağılımını sağlamak üzere istihdam planlaması yapar, ülke ihtiyacına uygun nitelikli sağlık personeli yetiştirilmesi amacıyla hizmet öncesi eğitim programları için Yükseköğretim Kurulu ile koordinasyonu sağlar. Serbest ya da kamu kuruluşlarında mesleklerini icra eden sağlık ve yardımcı sağlık personeline hizmetiçi eğitim yaptırır. Bunu sağlamak amacıyla üniversitelerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile kamu*

[82] 6023 TTB Kanunu 4. maddesi, https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.6023.pdf, Erişim Tarihi:29.03.2021.

kurum ve kuruluşlarının imkanlarından da yararlanır. Hizmetiçi eğitim programını ne şekilde ve hangi sürelerle yapılacağı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca çıkartılacak yönetmelikte tespit edilir"[83].

Hekimler mesleki gelişmelerine ve bilime katkı sunma adına çeşitli araştırmalar yapabilmektedir. Yapılacak bu araştırmalar, aynı zamanda hastaların daha iyi ve kaliteli sağlık hizmeti almalarını da sağlayacaktır. Ancak hekimler, bilimsel çalışmalar yaparken, hukuki mevzuatlarla ortaya konulan sınrılamalara, dikkat etmek zorunda kalacaktır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde, bilimsel çalışmaların nasıl yapılması hususunda açıklamalar şu şekilde yer almaktadır:

"Araştırma yapmakta olan tabip ve diş tabibi, bulduğu teşhis ve tedavi usulünü, yeter derecede tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı neticeler tevlit etmeyeceğine kanaat getirmedikçe, tatbik veya tavsiye edemez. Ancak, yeter derecede tecrübe edilmemiş olan yeni bir keşfin tatbikatı sırasında alınacak tedbirler hakkında ilgililerin dikkatini celbetmek ve henüz tecrübe safhasında olduğunu ilave etmek şartı ile, bu keşfi tavsiye edebilir. Bir keşif hakkında yanlış kanaat uyandıracak ifadeler kullanılması yasaktır.(md.10)

Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla, kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez. Klasik metodların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önce, mütattecrübe hayvanları üzerinde kafi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için, hastaya faydalı olacağının ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mütat tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağının muhtemel bulunması şarttır. Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine

[83]3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3359.pdf, Erişim Tarihi:29.03.2021.

ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir"[84] (md.11)

TTB Hekimlik Meslek Etik Kuralları 40. maddesinde bilimsel araştırmaların hangi ilke ile yapılması gerektiği ortaya konulmuştur:

"İnsan üzerinde yapılacak klinik, deneysel ya da epidemiyolojik araştırmalar, gerek ilaç gerek cerrahi yöntem araştırmaları olsun, bilimsel bilgi birikimine katkıda bulunabilmek amacıyla yerel etik kurullardan geçmek koşuluyla yapılır. İnsan üzerinde yapılan tüm araştırmalar, bilimsel ve mesleki yönden yeterli ve yetkin kişiler tarafından yürütülür. Araştırmanın sorumluluğu tümüyle araştırmacıya aittir"[85].

3.5.4.3. Hekimin Etik İlkelere Bağlı Olma Hakkı

Hekimin, hastası ve kendi meslektaşları ile ilişkilerinde, etik değerlere bağlı olma yükümlülüğü vardır. Etik ilkelerden kopuk bir ilişki, ahlaki bazı sorunlara yol açacaktır. Bu süreç sonunda oluşan mesleki sorumsuzluklar da, verilecek sağlık hizmetinin de kalitesini düşürecektir. Bu konuda, TTB Hekimlik Meslek Etik Kurallarında, hekimin nasıl çalışması gerektiği ve etik ilkelere bağlı kalma zorunluluğuna şu şekilde yer verilmiştir:

"Görevlerini yerine getirirken, hekimin uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkeleridir.(md.6)

Hekim görevlerini her durumda hastaları arasındaki siyasal görüş, sosyal durum, dini inanç, milliyet, etnik köken, ırk, cinsiyet, yaş, toplumsal ve ekonomik durum ve benzeri farklılıkları gözetmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.(md.7)

Hekim, mesleğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatine göre hareket eder.(md.8)

---

[84] TıbbiDeontolojiNizamnamesi10.ve11.Maddesi,https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf,Erişim Tarihi:01.04.2021.

[85] TTBHekimlikMeslekEtikKuralları,https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31 Erişim Tarihi:30.03.2021.

Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadankaldırmaz.(md.9)

Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanmasının hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir.(md.9)

Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. (md.9)

Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir"(md.9) [86].

3.5.4.4. Hekimin Mesleki Bağımsızlığını ve Özerkliğini Koruma Hakkı

Hekimlerin, mesleklerinin gereği uğraştıkları materyal insandır. Bu yüzden, insana müdahale etme yetkisi olan hekimlik mesleğine, hiçbir meslekte mevcut olmayan, mesleki özerklik verilmiştir. Bunun amacı, hekimlerin, insanlara sunacakları sağlık hizmetinin; hiç kimsenin etkisinde kalmadan, sadece bilimin kurallarına ve mevzuata göre kararlar vermelerini sağlamaktır. Hekimlerin, mesleki özerklikleri, teşhis ve tedavinin nasıl yapılacağı, uygulama esnasında hangi metotları kullanacağı hakkındaki tüm süreçleri kapsamaktadır.[87] Hekimlerin, mesleki öğretilerinin olması gerektiği, hem bilimsel verilerle hem de mevzuatımızca da doğrulanmıştır:

"Tabip ve diş tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatına göre hareket eder.

Tabip ve diş tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir"[88].

---

[86] TTB Hekimlik Meslek Etik Kuralları 6.,7.,8.,9.,10. Maddeleri, https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31, Erişim Tarihi:30.03.2021.

[87] Hakan, Hakeri, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.74.

[88] TıbbiDeontolojiNizamnamesi6.Maddesi,https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf, Erişim Tarihi:02.04.2021.

"Hekim, mesleğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatine göre hareket eder. Hekim, ancak tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya veya yakınlarına anlatır ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan hekim hastasını bırakamaz. Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür"[89].

"Hastalar hiçbir etki altında kalmadan özgürce klinik ve etik karar verebilen hekim tarafından bakılabilmelidir"[90].

Ayrıca yargı kararları ile de hekimin mesleki özerkliğinin ne kadar önemli ve gerekli olduğu ortaya koyulmuştur. Danıştay 10. Dairesi kararında; *"Bir reçetede, en fazla dört kalem ilaç yazılır"* düzenlemesini hekimin hastalığın tedavisini belirleme yetkisine müdahale olarak görmüş ve bu hükmün hukuka aykırı olduğu tespitini yapmıştır.[91] Ancak, hekimin özerkliğinin bilimsel verilerle sınırlı olduğu gerçeğini de unutmamak gerekir. Yani hekimin mesleki özerkliği, sınırsız veya mutlak değildir. Hekim, bilimsel verilerle gerçekliği ortaya konulmuş tedavi seçeneklerini görmezden gelip, etik ilkelere aykırı şekilde, kararlar veremez.Ancak, bilimsel verilerle, net bir şekilde ortaya konulamamış veya birden fazla tedavi seçeneğinin olduğu durumlarda; hekim hastanın onamını alarak ve hastaya en az riski yaşatarak, kendi insiyatifi ile müdahale sürecine girebilecektir.

3.5.4.5. Hekimin Hasta Seçme Hakkı ve Hizmetten Çekilme

Mevzuatımızda, hekim hakları boyutuyla, hekimin hasta seçme hakkı doğrudan belirtilmemiştir. Hekimin, hasta seçme özgürlüğünün direkt mevzuatta yer

---

[89]TTB Hekimlik Meslek Etik Kuralları 8.ve 25. Maddesi, https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31, Erişim Tarihi:04.04.2021.

[90]Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi,https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/lizbon.htm, Erişim Tarihi:30.03.2021.

[91] https://www.ttb.org.tr,Erişim Tarihi:30.03.2021.

almaması, ancak hastanın hekim seçme özgürlüğünün mevzuatta açık bir şekilde düzenlenmiş olması durumu, hasta hekim ilişkisinin eşitlik ilkesine zarar vermektedir. Tıbbi müdahale sürecinin taraflarından olan hasta ve hekimin uyumlu bir şekilde hareket etmeleri gerekliliğinin önemli olduğunu görmekteyiz, ancak bu ilişkide iki tarafında uyum yükümlülüğü mevcuttur. Tıbbi müdahale sürecinin taraflarından birisi olan hastanın; hekimine güvenmemesi, saygı duymaması, hekimin önerilerini yapmaması, hekimin vereceği kararları olumsuz etkileyecek ve olumsuz sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bu yüzden, hasta hekim ilişkisi açısından, hastanın bu ilişkiye zarar vermesi muhtemel zamanlarda, hekimin hastasını red etme hakkı, mevzuatımızda yer almalıdır. Aksi takdirde, bilimsel gerçekliğe uygun olmayan tedavi süreçleri, ortaya çıkacaktır. Bu durum, genelge düzeyinde Sağlık Bakanlığı tarafından düzenlemeye çalışılmıştır:

"*Sağlık çalışanları, sağlık hizmeti sunumu esnasında şiddete uğraması halinde, acil verilmesi gereken hizmetler hariç olmak üzere hizmetten çekilme talebinde bulunabilir.*

a) Hizmetten çekilme talebi, kurum tarafından belirlenen yöneticiye sözlü veya yazılı olarak bildirilecektir.

b) Bildirim üzerine yetkili yönetici, olayı derhal değerlendirerek hizmetten çekilme talebinin uygun olup olmadığı hakkında gecikmeksizin karar verecektir.

c) Yetkili yönetici, hizmetten çekilme talebini uygun bulduğu takdirde hastanın sağlık hizmeti almasına ve tedavisinin devamına yönelik tedbirleri güvenlik tedbirleriyle birlikte alacaktır. Bu kapsamda ilgili hastanın sağlık hizmetini devam ettirecek yeni sağlık çalışanını belirleyecek, kurum içerisinde bunun mümkün olmaması halinde hastanın hizmet alabileceği başka bir sağlık kurumuna sevkini ve hizmet alımını sağlayacaktır. Bu süreç sırasında hastanın tedavisinin aksatılmamasına itina edilecektir"[92].

[92] Sağlık Bakanlığı Çalışan Güvenliğinin Sağlanması adlı genelge https://www.saglik.gov.tr/TR,3282/calisan-guvenligi-genelgesi14052012.html, Erişim Tarihi:30.03.2021.

Ancak bu genelgede de hekimin hizmetten çekilme hususu, idarenin insiyatifine bırakılmıştır. Bu düzenlemenin, hasta hekim ilişkisine bakışı; bu ilişkinin her iki tarafının da eşit haklara sahip olması gerektiği yönünde olmalıydı. Bu konu hakkında bir başka düzenleme olan Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliğinde:

*"Sağlık hizmeti sunumu sırasında meydana gelen şiddet olayının adli veya mülki idare makamlarınca verilen belgeyle belgelendirilmesi durumunda, aile hekimi veya aile sağlığı elemanına şiddet uygulayan kişinin müdürlükçe mevcut aile hekiminden kaydı silinir. Bu şekilde kaydı silinen kişinin, aynı iş günü içerisinde yeni aile hekimi seçmemesi durumunda ikamet ettiği bölge göz önünde bulundurulmak suretiyle kayıtlı nüfusu en düşük aile hekimine müdürlükçe kaydı yapılır"*şeklinde yer verilerek hizmetten çekilmenin önemli olduğu vursusunu görmekteyiz"[93].

3.5.4.6. Hekimin Danışma Hakkı

Hekimin sunduğu sağlık hizmeti sırasında, başkaca uzmanlık alanlarından veya bazen kendi uzmanlık alanındaki diğer hekimlerden yardım alması, çok olağandır. Tıp bilimi, multidisipliner bir bilim alanıdır, bu yüzden hastanın hastalığının tedavi edilmesi amacıyla, birçok uzmanlık alanından hekim biraraya gelerek, hastanın sağlıklı olması sağlanır. Bu konuyla ilgili olarak Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde, hekimin, diğer uzmanlık alanları ile nasıl bir ilişki içinde olması gerektiği şöyle yer almaktadır:

"Başkalarının yardımı ile yapılacak cerrahi ameliyeler ile diğer tedavilerde, operatör, müdavi tabip ve diş tabibi, beraber çalışacağı elemanları seçmekte serbesttir.

Konsültasyonlarda münakaşa ve müşavereler hasta ile etrafındakilerin duyup anlıyamıyacakları şekilde yapılır. Münakaşa ve müşavere esnasında, meslek vekarının muhafaza edilmesine dikkat olunur. Konsültasyona iştirak eden tabip veya diş tabibinin, bir meslektaşı himaye maksadı ile veya başka bir hissi sebeple, lüzumsuz medihlerden kaçınarak, kanaatını açıkça söylemesi lazımdır

[93]AileHekimliğiUygulamaYönetmeliği8.Maddesi,https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=17051&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:30.03.2021.

Konsültasyonda varılan neticeler, bir konsültasyon zaptı ile tesbit ve bu zabıt müştereken imza olunur. Konsültasyon neticesi, ayrıca, en yaşlı tabip veya diş tabibi tarafından hastaya bildirilir. Netice bildirilirken, hastanın veya yakınlarının maneviyatını bozacak veya kendilerini tereddüt ve şüpheye düşürecek müphem ve imalı sözler sarfedilmesi caiz değildir"[94].

3.5.4.7. İyileşme Garantisi Vermeme Hakkı

Hekimler, sağlık hizmeti sunarken, hastanın sağlığına kavuşması için alması gereken tüm tedbirleri almalıdırlar. Ancak hekimler, hastalarını sağlıklı hale getirirken hastalarına iyileştirme garantisi veremezler. Tıp bilimi; her geçen gün tekonolojinin gelişmesi ve bilimsel gerçekliklerin değişmesi, insan vücudunun birer makine olmaması nedeni ile tedavi sırasında, her insanın bu tedaviye vereceği refleksin değişebileceğini, çok açık ortaya koyan bir bilim alanıdır. Bu yüzden, bir hekimden, hastasına iyileşme garantisi vermesini istemek, hem bilime hem de insan fizyolojisine aykırıdır. Bu yüzden,*"tıpta hastalık yoktur ,hasta vardır"* öğretisi hekim yetiştiren tıp fakültelerinde, hekim adaylarına aldıkları eğitim boyunca, pratik olarak verilmektedir. Nitekim Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi de, bu tespiti doğrular şekilde, hekimin iyileşme garantisi vermesinin, etik ilkelere aykırı olacağını vurgulamıştır:

"Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez"[95].

Bir başka açıdan bakıldığında, hasta hekim ilişkisini vekâlet sözleşmesindeki ilişki gibi ele alırsak yine vekilin vekâlet verene iyileştirme garantisi verme sorumluluğu yoktur. Vekalet sözleşmesinde, vekil, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür, ancak bu yükümlülük ona garanti verme sorumluluğu vermez.

---

[94] TıbbiDeontolojiNizamnamesi21.,25.,26.maddesinebakınız,https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf, Erişim Tarihi:25.03.2021.

[95] TıbbiDeontolojiNizamnamesi13.maddesinebakınız.https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf, Erişim Tarihi: 25.03.2021.

3.5.4.8. Hekimin Yönetsel Süreçlere Katılma Hakkı

Hekimler, kendi meslek alanları ile ilgili olarak, sağlık politikalarının belirlenmesi ve diğer sosyopoltik konularda, devletlerin yönetim organizasyonlarında yer almalıdırlar. Nitekim hekimlerin, mücadele alanı olan insan; biyopsikososyal bir varlıktır, bu yüzden insanı etkiliyen her alanda verilecek hizmet aşamalarında, hekimlerin bu organizasyon içinde olması, toplum faydasına olacaktır. Ayrıca hekimlerin, çalıştıkları kuruluşlarda da yönetim organizasyonu içerisinde olmaları, hastalara verilecek sağlık hizmetlerini, olumlu bir şekilde daha verimli hale getirecektir.

Sonuç olarak, hasta hekim ilişkisi eşitlikçi bir yaklaşım ile ele alınmalıdır ve bu yaklaşıma göre hukuki mevzuat geliştirilmelidir. Bu ilişki içerisinde, sadece bir tarafa haklar verilip diğer tarafa sadece sorumluluklar verilmesi, bu ilişkinin olumlu ilerlemesi önünde engel olacaktır. Hekimlerin tıbbi müdahalelerine ilişkin, ilke ve tutumlar birtakım kurallarla belirlenmiştir. Bu anlamda, hasta haklarının tek vücut olarak hasta hakları yönetmeliğinde yer verilmesi olumlu olarak karşılanmalıdır. Ancak aynı yönetmeliklte ya da farklı bir mevzuat hazırlanarak, hasta hekim ilişkisinde taraf olan hekimlerin ve hastaların haklarının, etik ilkelerin toplu bir şekilde düzenlenmesi, toplumun faydasına olacaktır. Aksi takdirde taraflardan biri olan hekimler, bu ilişkide kendilerini güvende hissetmeyecektir. Bu durum da hekimlerin tıbbi müdahale esnasında, doğru kararlar alması engellenmiş olacaktır. Hekimlerin, bilimsel olarak gelişimine engel olan bazı hukuki değerlendirmelerin değiştirilip, daha bilimsel şekilde düzenlenmesi gerekir. Çünkü hekimlerin, bilim ortamından üst düzeyde faydalanması, hastaya sunacağı sağlık hizmetini daha kaliteli hale getirecektir. Ayrıca, hastasını sağlıklı hale getirme amacı olan hekimlerin, sağlıklı olması ve sağlıklı ortamlarda bu hizmeti vermesi gerekmektedir. Bu yüzden yönetenlerin, hekimlerin sağlık hizmeti sundukları ortamı çalışabilir hale getirmesi ve hekimlerin verdikleri hizmette yönetenler tarafından desteklenmesi gerekmektedir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE

Sağlık hizmetlerinde, hasta hekim ilişkisi boyutuyla, hekimlerin öncelikli görevi, insan yaşamını ve sağlığını korumak ve bununla ilgili bütün tedbirleri almak olmalıdır[96]. İnsanların sağlığını koruma görevini üstlenen hekimlerin, öncelikle sağlık tanımına bakışını değerlendirmek gerekecektir. DSÖ, sağlığı; insanların biyolojik, psikolojik ve sosyolojik olarak tam iyilik hali olarak tanımlamaktadır. Dolayısı ile hekimler, hastalarına sağlık hizmeti sunarken, hastalarının sadece fiziksel iyilikleri ile değil, psikolojik ve sosyolojik iyiliklerini de düşünerek hareket etmeleri gerekir. Hekimler, hastalarının biyolojik, psikolojik ve sosyolojik açıdan sağlıklı olmalarını sağlamak için tıbbi müdahalelerde bulunarak, mesleklerini icra etmelidirler.

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından; tedavi, teşhis, hastalıklardan koruma amacına yönelik, doğrudan ya da dolaylı olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet olarak tanımlanabilir. Tıbbi müdahaleden anlaşılan; sadece fiziksel olarak sağlık personelinin hareketleri olmamalı, bunun yanında hastanın psikolojik ve sosyolojik olarak iyi olma halini etkileyebilecek, tüm hal ve hareketleri olarak görmek daha doğru olacaktır. Bu görüşe benzer hukuki bir değerlendirme de, hasta hakları yönetmeliğinin md. 4/g'de şöyle yer almaktadır:*"Tıbbi müdahale: Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi".* Bununla beraber sağlık personelinin, sadece sağlık kuruluşlarında yaptıklarını, tıbbi müdahale olarak görmek eksik olacaktır; nitekim bu

[96]HekimlikMeslekEtikKuralları,https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid= ,Erişim Tarihi:05.04.2021.

konunun daha geniş değerlendirilmesi Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğinin 3. Maddesinde şöyle yapılmıştır*: "Müdahale: Tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemleri"*[97]Bu yüzden hekimler tıbbi müdahaleyi, sadece sağlık kuruluşlarında değil, her yerde yerine getirebilecektir. Ayrıca tıbbi müdahaleyi, sadece tedavi amaçlı olarak görmemek gerekir, halk sağlığı boyutuyla yapılan koruyucu hekimlik hizmetleri de tıbbi müdahale kapasamında değerlendirlecektir. Hasta hekim ilişkisi boyutuyla değerlendirildiğinde, yapılacak olan tıbbi müdahalenin hukuka ve etik değerlere uygunluğu, önemli hale gelecektir. Bu anlamda, tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesi için üç ana unsurun bir arada bulunması gerekir:

"Tıbbi müdahale yapan kişinin, bu konuda yetkili olması,

Tıbbi müdahale yapılmasına, hastanın rızasının ve onayının olması,

Tıbbi müdahalenin, objektif bilimsel veriler ışığında gerekli olması ve buna bağlı olarak yapılması"[98].

4.1. TIBBİ UYGULAMAYI GERÇEKLEŞTİREBİLECEK YETKİLİ KİŞİLER

Toplumun ve bireylerin sağlığını korumak amaçlı yapılacak tıbbi müdahalenin, hukuka uygun olması için gerekli olan ilk şart, tıbbi müdahalede bulunacak kişinin, bu konuda yetkili olmasıdır. Tıbbi müdahalede bulanacak yetkili kişinin tanımını, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu:

"Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır."[99]

---

[97] Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti HakkındaYönetmelik3.Maddesi,https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=8202&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:05.04.2021.

[98] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.115.

[99] Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu 1. maddesine bakınız.

"Türkiye'de icrayı tababet için bu kanunda gösterilen vasıfları haiz olanlar umumi surette hastalıkları tedavi hakkını haizdirler. Ancak her hangi bir şubei tababette müstemirren mütehassıs olmak ve o unvanı ilan edebilmek için Türkiye Tıp Fakültesinden veya Sıhhıye vekaletince kabul ve ilan edilecek müessesattan verilmiş ve yahut ecnebi memleketlerin maruf bir hastane veya laboratuvarından verilip Türkiye Tıp Fakültesince tasdik edilmiş bir ihtısas vesikasını haiz olmalıdır"[100] şeklinde düzenlemiştir. Bu hüküm ile tıbbi müdahaleyi yapacak kişiler anlamında, yetki verilen kişilerin, hekimler olduğu vurgulanmış ve hekim olabilmek için de Tıp Fakültesi mezunu olmanın zorunlu olması gerektiği ortaya konulmuştur. Ancak hekim olabilmek için, Türk vatandaşı olma şartı bulunmamaktadır, bu durumla ilgili Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu 4. maddesinde açıklayıcı bir hüküm vardır:

"Yabancı memleketlerin tıp fakültelerinden izinli hekimlerin Türkiye'de hekimlik edebilmeleri için Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığından ve Üniversite Tıb Fakültesi Profesörler Meclisinden seçilmiş bir jüri heyeti tarafından hüviyetlerine bakıldıktan sonra diplomalarının Türkiye Tıp Fakültesi ders programının ve öğrenim süresinin aynı veya benzeri bir fakülteden bütün sınaç devreleri geçirilerek alınıp alınmamış olduğu araştırılır. Bu şartlarda alınmış olduğu anlaşılan diplomalar kabul edilip Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca onaylanarak kütüğe geçirilir ve iyelerinin sanat yapmalarına izin verilir. Bu şartlara uygun olarak alınmamış diplomaların iyeleri Tıp Fakültesi Profesörleri Meclisince seçilmiş bir jüri heyeti karşısında Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığından gönderilecek bir işyar da bulunduğu halde teori ve pratikten bir sınav geçirilir. Bu sınavın şekli Sağlık ve Sosyal Yardım ve Kültür Bakanlıkları tarafından beraberce kararlaştırılır. Ancak Türkiye Tıp Fakültesi öğretim süresine ve ders programlarına göre okumamış olanlar eksiklerini tamamlamak üzere Tıp Fakültesinde okuduktan ve staj gördükten sonra sınaca girerler. Sınacları başaranların sanat yapmalarına usulüne göre izin verilir"[101].

[100] Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu 8. maddesine bakınız.

[101] Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu 4. maddesine bakınız.

"Türkiye'de mevzuatı kanununiyeye müsteniden hakkı mükteseplerı tanınmış olan ecnebi tabipler, diş tabipleri, dişçiler ve ebeler sanatlarını bu kanun ahkamı dairesinde icra edebilirler"[102].

Ayrıca tıbbi müdahalede bulunacak yetkili kişiler:

"Tabipler, diş tabipleri, dişçiler ve ebeler bu kanunda tasrih edilmiyen ve sair kavanin ve nizamat ile kendilerine tevdi edilmiş olan bilcümle vezaifinifasiylemükelleftirler"[103] şeklindeki değerlendirme ile tıbbi müdahale açısından yetkili kişi kavramı, sadece hekimler olarak görülmemiş, daha geniş bir değerlendirme ile sağlık personeli nitelendirilmesi yapılmıştır.

Kanunla, tıbbi müdahale için yetkilendirilen hekimlerin, yetkilerinin hangi hallerde alınabileceği, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununda belirtilmiştir. Bu kanuna göre:

"*Hekimlik mesleğinin icrası için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmamak gerekir. İcrayı sanat etmesine mani ve gayrıkabili şifa bir marazı aklı ile malul olduğu bilmuayene tebeyyün eden tabipler, Sağlık Bakanlığının teklifi ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla icrayı sanattan menolunur ve diplomaları geri alınır"*[104].

[102] Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu 77. maddesine bakınız.

[103] Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu 69. maddesine bakınız.

[104] Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu 28. maddesine bakınız.

4.2. AYDINLATILMIŞ ONAM

4.2.1. Aydınlatma

Yapılacak tıbbi müdahalenin, hukuka uygun hale gelmesi için en önemli unsurlardan biri de, hastanın kendisine uygulanacak tıbbi müdahaleye onayının olmasıdır. Hastanın bir insan olması ve insanın da en kutsal temel haklarından olan yaşam hakkı ile ilişkili olan insan onurunun ve yaşam bütünlüğünün korunması açısından, kendi organizması için yapılacak tüm müdahaleler için, rızasının olması gereklidir. Hastanın rızasının alınması ile beraber, hukuk normları açısından, yapılacak müdahale uygun hale gelecektir. Ancak, bu rızanın kendisinin de hukuka uygun hale gelmesi için, hastanın aydınlatılması gerekmektedir. Hastanın kendi vücuduna yapılacak tıbbi müdahaleye rızasının da sınırları olacaktır, bu durum; ötenazi yasağında olduğu gibi, rızanın sınırsız olamayacağı geçeğini önümüze koymaktadır. Hastanın rızasının sınırlarını ortaya koyan en önemli özellik, yapılacak tıbbi müdahalenin, tıbbi olarak gerekliliği olacaktır. Nitekim tıbbi müdahalenin zorunlu unsurlarından biri olarak belirtilen rızanın gerekli olduğu gerçeği, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu 70. maddesinde: *"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını 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 şartıyle on liradan iki yüz liraya kadar hafif cezai nakdi alınır."* şeklinde yer almaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi rızanın hukuka uygun hale gelmesi için mutlaka hastanın aydınlatılması gerekmektedir. İşte tıbbi müdahalenin tam olarak hukuka uygun hale gelmesini sağlayan kavram, aydınlatılmış onamdır. Aydınlatılmış onam; hekimin yapacağı tıbbi müdahalenin risklerini, vücutta bırakacağı faydaları ve zararları ile birlikte hastaya aktarması olarak tanımlanabilinir. Yapılacak olan tıbbi müdahaleden farklı bir tıbbi müdahale

alternatifi varsa, onun da hastaya sunulması gerekmektedir, hastanın hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde, tıbbi müdahaleyi kavramasıyla, hasta tarafından tıbbi müdahaleye gönüllülükle, kabul aşaması gerçekleşmelidir. Aydınlatılmış onamın en önemli özelliği, hastanın tıbbi müdahale açısından, yeterli düzeyde, farkındalığını oluşturmaktır. Tıbbi müdahale açısından, aydınlatılmış onam unsurunun yerine getirilmesiyle sağlanan faydalardan biri de, hasta hekim ilişkisinde güvenli bir ortam sağlamak olacaktır.

4.2.1.1. Aydınlatma Yükümlülüğünün Hukuksal Temelleri

Aydınlatılmış onamın zorunluluğu ve unsurları hakkında, ülkemizdeki hukuk düzenlemelerinde, çeşitli değerlendirmeler mevcuttur. Aydınlatılmış onam ile ilgili ilk düzenlenen, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu 70. Maddesinde;*"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını 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 şartıyle on liradan iki yüz liraya kadar hafif cezai nakdi alınır"*[105] şeklindededir.

Hukukumuzda aydınlatılmış onam ile ilgili bir başka açıklama da, hasta hakları yönetmeliğinde yapılmıştır:

"Hastaya;

a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,

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

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

[105] Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu 70. maddesine bakınız.

ç) Muhtemel komplikasyonları,

d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,

e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,

f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği,

hususlarında bilgi verilir"[106].

"Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.

Hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar.

Tıbbi müdahale, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir.

Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir"[107].

Ayrıca aydınlatılmış onam ile ilgili başka bir düzenleme de Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde yer almaktadır:

"Tabip ve diş tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatını korumak mümkün olmadığı

---

[106]Hasta Hakları Yönetmeliği5.Maddessine Bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:10.04.2021.

[107]Hasta Hakları Yönetmeliği 31. Maddessine Bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:10.04.2021.

takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir. Tabip ve diş tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur. Meş'um bir pronostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihdas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir pronostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tayin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir"[108].

Hekimlik Meslek etik kurallarının belirlenmesinde etkin rol alan TTB Meslek Etik Kuralları içerisinde de aydınlatılmış onam hakkında, genişçe bir tanım yer almıştır. Hastadan alınacak rızanın sınrları ve bu durumda karşılaşılacak olumsuz tabloda alınacak önlemler hakkında açıklamalar yer almaktadır:

"Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilecek biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.

Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda

[108] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 14. Maddesine bakınız, https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf, Erişim Tarihi:10.04.2021.

müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gereklitedaviyapılır. Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir"[109].

Tıbbi müdahale türlerinden olan organ ve doku naklini düzenleyen; Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılaması ve Nakli Hakkındaki Kanun'unda da hastayı aydınlatmanın gerekleri üzerinde durulmuştur:

"Organ ve doku alacak hekimler:

a) Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;

b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak;

c) Akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek;

d) Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek;

e) Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek;

---

[109] Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 26. Maddesine bakınız. https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31,Erişim Tarihi:10.04.2021.

f) Kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak; Zorundadırlar"[110].

Ülkemizin de kabul ettiği, uluslarası bir belge olan, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesindede, tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi için Aydınlatılmış onamın zorunlu olduğu yer almaktadır:

"*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.

İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir"[111].

Yukarıda da açıkladığımız üzere, birçok hukuki belgede, aydınlatılmış onam hasta hakları ile ilişki içinde yer almıştır. Hasta hekim ilişkisi, vekâlet sözleşmesi boyutuyla ele alındığında; oluşturulan vekâlet sözleşmesi gereği, hekim özenli ve basiretli bir vekil gibi hareket etme borcu kapsamında, hastasını aydınlatması gerekmektedir. Vekâlet sözleşmesinin bir diğer unsuru da vekilin, vekil edenin sağlıklı karar alabilmesi için gerekli tüm tedbirleri almasıdır.

Aydınlatılmış onamın zorunluluğu ve nasıl yapılması gerektiğine dair çok sayıda Danıştay ve Yargıtay kararları mevcuttur. Bunlardan birisi de *"Hekimin muayene sırasında yaptığı rektal tuşe sonucu, hastanın kızlık zarının bozulması"* ile ilgili olarak Yargıtayın verdiği karardır. Kararda;

" Hastanın rızasının açık ya da örtülü olarak hukuksal yönden geçerli olabilmesinin şartları:

---

[110] Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılaması ve Nakli Hakkındaki Kanunun 7. maddesine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf, Erişim Tarihi:08.04.2021.

[111]Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları Ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi 5. maddesine bakınız.https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=104:biyoloji-ve-tibbin-uygulanmasi-bakimindan-san-haklari-ve-san-hayset-korunmasi-slees-san-haklari-ve-botip-slees-onaylanmasinin-uygun-bulunduna-da-kanun&catid=6:uluslararasylge&Itemid=36,Erişim Tarihi:06.04.2021.

- Kişinin yapılacak müdahaleyi, etkilerini ve sonuçlarını bütün ayrıntıları ile bilmesi

-Bu konuda yeteri kadar aydınlanması

- İradesini baskı altında olmaksızın açıklaması gerekir.

- Hastanın rektaltuşeye rızası bulunsa bile bu muayenenin olası sonuçları ve riski önceden hastaya bildirilmemiştir.

Nadir de olsa böyle bir riskin olduğunun hastaya bildirilmesi gerekirdi." şeklinde aydınlatılmış onamın unsurları sayılmış olup, bu unsurların eksik bir şekilde yapılması üzerine, tıbbi müdahalede bulunan hekimin, hukuka aykırı davrandığını ortaya koymuştur[112].

Bir başka hukuki karar da, Danıştayın yumurtalık kisti nedeniyle ameliyat olan kadının, yapılan operasyon sonrası, bağırsağının delinmiş olması ile ilgili verdiği karardır. Danıştay verdiği kararda; yapılan ameliyata ilişkin aydınlatılmış onam belgesinde, bağırsak yaralanmasına ilişkin açık bir bilgilendirme yapılarak rızasının alınması yoluna gidilmediği şeklinde değerlendirme yaparak, aydınlatmanın yetersiz olmasını da hiç olmaması gibi tazminat sonucunu doğuracağına hükmederek hekimi tazminata hükmetmiştir[113].

Yargıtay'ın guatr ameliyatı sonucu, ses kısıklığı yaşayan hasta ile ilgili verdiği kararda, sadece rızanın yeterli olmadığı, rızanın öncesinde hastanın aydınlatılarak aydınlatılmış onamının olması gerektiği hususu vurgulanmıştır. Yargıtay kararında, *"Muvaffakatname başlığı altında dosyaya sunulan belge, gerekli aydınlatmayı içermediği gibi, yalnızca rıza mahiyetindedir. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemiş oluşu, yapılan müdahaleyi hukuka aykırı hale getirdiğinden, hastane ve hekim hem maddi hem de manevi tazminattan sorumlu*

[112]Yargıtay 4. HD., 07.03.1977 T., 1976/6297 E., 1977/2541 K. No'lu Kararı www.kazancı.com.trErişim Tarihi:06.04.2021.

[113]Danıştay 15 D., 17.04.2018 T., 2013/10860 E., 2018/3855 K., https://file.atuder.org.tr/_atuder.org/fileUpload/BsDcnLBbg5wo.pdf,Erişimtarihi:06.04.2021.

tutulması gerekmektedir" şeklindeki değerlendirme ile beraber ameliyatta birden fazla branşta hekim varsa, her biri kendi branşı ile ilgili olarak aydınlatılmış onam almalıdır, kararını vermiştir[114].

4.2.1.2. Aydınlatma Yükümlülüğünün Tarafları

Aydınlatmanın tarafları, kural olarak hekim ve hastadır. Hastayı aydınlatacak kişi, kural olarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek hekim olmalıdır. Hekim, bazı zorunlu hallerde, aydınlatmayı bizzat kendisi yapamadığında, başka bir hekime yaptırabilecektir. Ancak bir başka hekime yaptırılan aydınlatmanın, olması gerektiği gibi olduğuna emin olunmalıdır. Bu konu, hasta hakları yönetmeliğinde:

"Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir"[115] açıklaması ile tıbbi müdahale için hastanın aydınlatılması işleminin, esas olarak bizzat tıbbi müdahaleyi yapan hekimin yapması şeklinde ortaya koyulmuştur. Vekâlet sözleşmesi açısından da değerlendirildiğinde; aydınlatılmış onam sorumluluğu, tıbbi müdahaleyi uygulayacak hekimdedir. Yukarıda gösterilen Yargıtay kararlarında da, eğer hastanın tıbbi müdahalesine farklı branşlardan hekimler girecekse, mutlaka her hekimin, kendi branşı ile ilgili olarak hastayı aydınlatması gerekir, şeklinde tespitler vardır.

Aydınlatılmış onam işleminin bir diğer tarafı da, hastanın kendisidir. Hekimin hastayı, kendisine uygulanacak tıbbi müdahale hakkında aydınlatması, tıbbi müdahale sürecinin ideal bir şekilde sonuçlanmasını sağlayacaktır. Hastanın aydınlatılma işleminin, bizzat hastanın kendisine yapılması gerektiği, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 18. maddesinde net bir şekilde ortaya konulmuştur:

---

[114] Yargıtay 13. HD., 04.07.2018 T., 2016/25663 E., 2018/7615 K. www.kazancı.com.tr,Erişim Tarihi:06.04.2021.

[115] Hasta Hakları Yönetmeliği 18. maddesine bakınız.

"Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir"[116].

Ancak aydınlatılacak kişinin rıza verme yetisi yoksa o zaman hasta yakınlarına aydınlatma işlemi yapılmalıdır. Ancak böylesi bir durumda aydınlatma işlemi hangi yakınına yapılması gerektiği sorunu ortaya çıkacaktır.Bu konu ile ilgili olarak mevzuatta tam olarak net bir değerlendirme mevcut değilidir. Bu duruma benzer olarak temyiz kudretine sahip küçük ve kısıtlıların kendileri ile birlikte yasal temsilcilerinin de aydınlatılması gerekmektedir. Tam ehliyetsizlerin ise yasal temsilcilerinin aydınlatılması gerekmektedir[117].

4.2.1.3. Aydınlatma Yükümlülüğünde Zaman

Aydınlatmanın hukuka uygun olması için zamanında yapılmış olması gerekmektedir. Hastanın tıbbi müdahaleye rızası alındıktan sonra yapılacak aydınlanma, artık önemini yitirecektir. Aydınlatma zamanı, her ne kadar önemli olsa da, her vaka kendi içerisinde değerlendirilip, zamanlama konusunda öyle karar verilmelidir. Bu yüzden, acil ve hayati riskin yüksek olduğu durumlarda, zamanlama hekime bağlı kalacaktır. Ancak aydınlatılan hastanın, rıza vermesi için mutlaka ona makul bir süre tanınmalıdır. Çünkü hastanın, hekim tarafından hastalığı ile ilgili kendisine verilen bilgileri değerlendirecek zamanı olmalıdır. Nitekim hasta hakları yönetmeliğinde de,*"hastanın rızasının alınması aşaması için makul bir süre verilmelidir, denilmektedir:"*[118]Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır. Aydınlatılma işlemi, mutlaka hastanın eğitim düzeyi, bilgi birikimi gözönüne alınarak, hekim tarafından hastanın anlıyabileceği şekilde yapılmalıdır.

---

[116] Hasta Hakları Yönetmeliği 18. maddesine bakınız.

[117] Filiz Yavuz ,İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**,Vedat Kitapçılık, İstanbul,2006, s.91.

[118] Hasta Hakları Yönetmeliği 18. maddesine bakınız.

4.2.1.4. Aydınlatma Yükümlülüğünde Kapsam

Aydınlatmanın kapsamı önemlidir ancak kapsam ile ilgili mevzuatımızda net bir düzenleme yoktur. Aydınlatmanın kapsamına dair, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde şöyle bir hüküm yer almaktadır: *"Tabip ve diş tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur"*[119].

Aydınlatılmanın kapsamı hakkında, bir diğer hukuki değerlendirme de Hasta Hakları Yönetmeliğinde yapılmıştır: *"Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır"*[120]. Görüldüğü üzere mevzuattada aydınlatmanın kapsamı hakkında net sınırlar yoktur, bizce keskin sınırların da olması, hem mümkün değil hem de olması, hastanın rıza süreci için olumlu katkı sağlamayacaktır. Çünkü her hastayı ve her vakayı kendi özelinde değerlendirip, bu şekilde kapsam belirlenmelidir. Değerlendirme yapılırken, hasta özelinde, hastanın eğitim düzeyi, sosyekonomik düzeyi gibi haller düşünülerek kapsam daraltılıp veya kapsam genişletilebilinir. Ayrıca her vaka, kendi özelinde değerlendirmelidir, çünkü her vakada, müdahalenin zorlukları, olası kötü sonuçları, mutlaka değişkenlik gösterecektir. Bu yüzden, hekim önce uygulanacak tıbbi müdahalenin sınırlarını çizmeli ve bu müdahale ile oluşabilecek tehlikeli veya yan etkileri belirlenmeli ve daha sonra hastanın mevcut durumuna göre ayrıntılı bilgi vermelidir. Her vaka özelinde, değerlendirmeler yapıldığı zaman, örneğin çok riskli bir tıbbi müdahalede çok geniş tanımlamalar kullanılarak ve en hafiften en ağırına kadar oluşabilecek riskler anlatılacakken; ancak daha düşük riskli girirşimlerde, bu anlatımlar belki de daha dar yapılacaktır. Yukarıda bazı örneklerle belirttiğimiz üzere, Danıştay ve Yargıtay verdiği bazı kararlarda şunu vurgulamıştır: her hastada, bütün riskler ayrı ayrı belirtilmelidir. Yani çok az görülen bir riskin anlatılmaması, hastanın aydınlatılma işleminin eksik olduğunu gösterebilecektir.

---

[119] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 14. maddesine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf, Erişim Tarihi:10.04.2021.

[120] Hasta Hakları Yönetmeliği 31. maddesine bakınız.

Hekimin ayrıntılı aydınlatma yapması, bazı durumlarda, hastaya zarar verebilir, bu tür durumlarda, aydınlatmanın kapsamı daha sınırlı tutulabilir:

"Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.

Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır.

Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir"[121].

Bu şekilde aydınlatma işleminin daha dar kapsamlı olduğu hastalıklar olabilirken, bir de aydınlatma kapsamının daha geniş olması gereken acil olmayan estetik amaçlı girişimlerin de olabileceğini unutmamak gerekir.

4.2.1.5. Aydınlatmanın Usülü

Aydınlatmanın usulünde, ilk olarak göz önüne alınması gereken; aydınlatmanın yapıldığı yer olacaktır. Aydınlatmanın yapıldığı yer, kişinin mevcut durumuna göre, mahremiyet ve özerklik hakkını ihlal etmiyecek şekilde belirlenmelidir. Bu durum, hasta hakları yönetmeliğinde de şu şekilde yer almaktadır: "*Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır*"[122]. Bunun dışında aydınlatmanın usulü ile ilgili olarak, bu işlemin nasıl yapılması gerektiği, yani şekli ile ilgili olarak, yasal bir düzenleme mevcut değildir.

Aydınlatma işlemi, mutlaka kişiye özel olmalıdır. Sağlık merkezlerinde hazırlanan matbu aydınlatma örnekleri, kişisel olmadığı için hekimin hukuk önünde zorluk yaşamasına neden olabilecektir. Aydınlatma işlemini, hazırlanan bu evraklara,

[121] Hasta Hakları Yönetmeliği 19. maddesine bakınız.

[122] Hasta Hakları Yönetmeliği 18. maddesine bakınız.

salt imza atılan bir işlem olarak görmemek gerekir. Çünkü aydınlatma işlemi, hastaya özgü olarak, onun kavrayacağı şekilde olmalıdır; her hastanın kavrayıcılığı da aynı olmayacağı için, matbu hazırlanan aydınlatma onamları, aydınlatma aşamasının eksik olmasını sağlayacaktır.

Aydınlatma, şeklen yazılı halde olması gerekir diye bir yasal mevzuat yoktur. Ancak yazılı şekil, hekimin hukuk önünde ıspat gücünü artıracaktır. Aydınlatma yükümlülüğünün, kim tarafından ispatlanacağına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, hukuka uygunluk nedeninin varlığını ispat, hekime düşer.

Tedavi aydınlatmasının söz konusu olduğu durumlarda, hekim ile hastası arasındaki ilişki, vekâlet sözleşmesi şeklinde olduğu varsayılarak, vekâlet sözleşmesi hükümlerinden hareketle, ıspat yükü vekilde, yani hekimde olacaktır. Vekâlet Sözleşmesinin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranıldığı iddiası ise hasta tarafından dile getirilip, ıspatlanması gerekecektir. Aydınlatma işlemi, bir hukuki işlem olmadığı için her türlü delille ıspatlanabilecektir. Ancak verilen yargı kararlarında da görülüyor ki, salt yazılı matbu onayların alınmış olması, geçerli ve nitelikli aydınlatılmış onam alındığı anlamına gelmeyecektir. Çünkü Aydınlatma; bilginin sunulması ve anlaşılmasını içeren iki yönlü bir mekanizmaya sahiptir. Bu yüzden, asıl önemli olan, hekim tarafından verilen bilginin, hasta tarafından anlaşılmasıdır. Bu yüzden, aydınlatılmış onam alınırken, mutlaka hastaya konuşarak sorular sordurularak, hastanın aklında yer alan soru işaretlerine, tamamıyla cevap olmak gerekir. Aydınlatma yükümlülüğü, hekime ait olduğu için, hekim hastası için her kolaylığı sağlayarak, anlama sürecini kolaylaştırmalı, gerekiyorsa tercüman tutmalı, hastanın herhangi bir engeli varsa, ona uygun şekilde hasta ile iletişime geçmelidir.

4.2.1.6. Aydınlatma türleri:

Sağlık hizmetleri sunumu sırasında, uygulamada çoğu kez iç içe geçmekle birlikte aydınlatma; tedavi aydınlatması, karar aydınlatması ve risk aydınlatması olarak üçe ayrılır.

4.2.1.6.1.Tedavi Aydınlatması

Tedavi aydınlatmasını, diğer aydınlatma türlerinden ayıran en önemli özellik, hastanın rızasını almaya yönelik olmaması; hastaya yapılacak olan tıbbi müdahalenin gerekliliği konusunda bilgi sahibi yapmak, hastanın sağlıklı bir yaşama sahip olması için çeşitli tehlikeleri önlemek ve hastada farkındalık oluşturup, en faydalı tedavi seçeneğini seçmesini sağlamaktır. Bu aydınlatma türünde; hastaya uygulanacak tıbbi müdahalenin faydaları, olabilecek olumsuz sonuçlar, bu müdahalenin özellikleri hakkında bilgiler ve bu tıbbi müdahalenin, hastanın sağlığı üzerindeki etkileri hastaya anlatılacaktır. Hasta hakları yönetmeliği md.15/a'da; *"Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği"*konusundaki bilgilendirme, tedavi aydınlatması sınıfına girmektedir. Tedavi aydınlatmasındaki herhangi bir eksiklik, verilecek olan rıza unsurunu bozmayacağı için, ceza hukuku açısından bir anlam doğurmaz, ancak tedavi algoritmasındaki herhangi bir aşamayı bozup, hastanın sağlığını tehlikeye düşürebileceği için özel hukuk açısından tazmin sorumluluğu doğurabilir.[123]Tedavi aydınlatması, eksik olarak yapılmışsa ve hastaya uygulanantıbbi müdahale sonrası olumsuzluklar yaşanmışssa; bu iki durum arasında nedensellik bağı da varsa, hekimin uygulaması, tıbbi hata olarak değerlendirilmeli ve bu eylemle ilgili olarak tazmin sorumluluğu ortaya çıkmalıdır.

Tedavi aydınlatmasında; hastalık tanısının konulması aşaması ve hastalık için verilmesi gereken ilaç ve tıbbi malzemelerin kullanılması aşaması olmak üzere iki aşama vardır. Hastalık tanısı konulması için katedilecek bütün aşamalarda, hastanın bu konularda da aydınlatılması gerekmektedir. Aksi takdirde hastalık tanısına götüren birtakım bulgular açısından, hastanın aydınlatılmaması tıbbi hata olarak değerlendirilecektir. Hekimler, hastalık tanısı bıraktıktan sonra, bu hastalıkta uygulayacağı ilaç tedavisi için; bu ilaçların yan etkileri, komplikasyonları, etkileşimleri hakkında da ayrıntılı bilgi sağlamalıdır. Hekimler, hastaya verilecek ilaçlar konusunda; ilaç kutularında yer alan prospektüs bilgilerininvarolmasının, bu

[123] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.142.

konuda eksik yapılacak aydınlatmanın bir mazereti olarak görmemesi gerekir. Çünkü tedavi aydınlatması aşamasının bir parçası olan ilaç aydınlatmasının eksik yapılması tazmin sorumluluğu doğuracaktır.

4.2.1.6.2. Karar Aydınlatması

Hastanın tıbbi müdahale için vereceği rızanın, hukuka uygun hale gelebilmesi için, hastanın, neye rıza gösterdiğini, nitelikli bir şekilde bilmesi gerekir. Karar aydınlatması; hastanın, tıbbi müdahaleye rıza verebilmesi için gereken bütün süreci kapsar. Bu amaçla hastanın; teşhis vetıbbi müdahale için belirlenen süreç ve riskleri hakkında aydınlatılması gerekir.

Teşhis aydınlatmasında, hastanın hastalığının tanısının bırakılması yolunda kullanılan bulgular, hastalığın özelliği ve varsa hastalığın diğer çeşitleri hakkında aydınlanmayı kapsar. Hekim, hastanın ağır riskler de taşıyan hastalıklarıdadahil olmak üzere bütün hastalıklarını, hastaya, anlatmak zorundadır. Bütün riskler ve hastalıkların, hastaya anlatılması, hastanın bu riskler arasında eliminasyon yapıp, daha iyi kararlar vermesini sağlayacaktır. Bazı durumlarda, hastaya, hastalığının teşhisini söylemek, kendisine veya üçüncü kişilere zarar verecekse, hekim bir kısmını anlatmaktan çekinebilir. Ancak hekim hiçbir zaman, hastaya, hastalığının ciddiyeti konusunda veya oluşabilecek ölümcül bir süreç açısından, bilgi vermekten kaçınmamalıdır. Hekim, teşhisi henüz kesin olarak konulmamışhastalıklarda,teşhisin net bir şekilde konulmasını bekleyip öyle hastaya bu konu hakkında bilgi vermelidir[124].

Süreç aydınlatmasında, hastaya hastalığın henüz daha tedavi edilmeden önceki halini ve hastalığın tedavi sonrasındaki oluşabilecek pozisyonu anlatılmalıdır. Hekim, hastasına var olan hastalığının tedavi edilmezse, nasıl bir seyir içine gireceğini, net bir şekilde anlatmalı ve hasta, bu sayede hangi kötü risklerle karşılacağını bilmelidir. Hasta, hastalığın tedavi sürecinin ne kadar süreceği, nasıl devam edeceği, tedavi sırasında oluşabilecek bütün riskleri bilmelidir. Hekim, tüm bu tedavi süresince karşılaşılabilecek bütün riskleri, hastanın da anlayabileceği şekilde, istatistik verilerle hastaya aktarmalıdır.

---

[124] Hasan, Petek, **Sağlık Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2013, s.62-65.

Hekim, hastasının hastalığı konusunda, tedavi ve teşhis için farklı alternatiflere sahipse, bunu mutlaka hastasına aktarmalı, bütün farklı tedavi ve teşhis yollarının özelliklerini ve birbirinden farklı olan yanlarını anlatıp, hastanın daha sağlıklı kararlar vermesini sağlamalıdır. Hastaya, yukarıda anlatılan tedavi ve teşhis süreci ile ilgili kapsamlı aydınlatılma yapıldıktan sonra, hastanın kendi özerkliği içinde karar aşamasına girmesi sağlanacaktır. Ancak bu noktada, hasta; tedavi ve teşhis süreçlerine onay vermemesinin olası tüm kötü sonuçları hakkında bilgilendirilmesigerekecektir.Hasta, karar verirken gelecekte nasıl bir sağlık durumu ile karşı karşıya kalacağını, net bir şekilde bilmesi gerekir.

4.2.1.6.3. Risk Aydınlatması

Hekim, gerekli özen ve dikkati göstermesine rağmen, yapacağı tıbbi müdahalenin veya hastalığın oluşturabileceği tüm olası etkileri ve kötü sonuçları hastaya anlatmalıdır.Risk aydınlatmasında, tıbbi müdahale sonrası oluşabilecek komlikasyonların, giderilip giderilemeyeceği bilgisi de net bir şekilde hastaya aktarılmalıdır. Ancak, hekim bu aydınlatmayı yaptığı zaman, sadece oluşabilecek yüksek risli yan etkileri değil, düşük olasılıkla oluşabilecek yan etkileri de anlatmalıdır[125].

Hekim, aydınlatma yaparken; hastanın mevcut somut durumunu ve tıbbi müdahalenin yapılacağı şartların doğurabileceği tüm riskleri, hastaya aktarmalıdır. Hekimin, hastaya uygulayacağı tıbbi müdahale, sık yapılan bir müdahale türü isehekim açısından, hastasını aydınlatma işlemi daha kolay olacaktır. Ancakhekim, toplumda az rastlanılan bir hastalıkla ilgili hastasına aydınlatma yapacaksa, daha çok ayrıntıya girmek zorunda kalacaktır. Bu yüzden uygulanacak tıbbi müdahalenin türü, aydınlatmada çok önemli hale gelecektir. Örneğin, ölümcül sonuçları olabilecek bir hastalığa dair yapılacak bir tıbbi müdahale ile estetik amaçlı yapılacak bir tıbbi müdahaledeki aydınlatma nitelik olarak aynı olmayacaktır. Estetik amaçlı yapılacak olan tıbbi müdahalelerde, herhangi bir ivedilik söz konusu olmadığı için, hekim hastasına ayrıntılı bir şekilde, tıbbi müdahale sonrası oluşacak pozisyon ve durumu anlatmak zorunda kalacaktır.

---

[125] Petek, **Sağlık Hukuku**, s.62-65.

Risk aydınlatması kapsamında, hekim hastasına; tıbbi müdahale konusunda gerekli dikkat ve özeni gösterilmesine rağmen karşılaşılabilecekriskler (komlikasyon) konusunda da bilgi vermelidir. Kısaca, hukuk tarafından, hekime izin verilen risk olarak tanımlanan, tıbbi müdahale komplikasyonunda; aydınlatma yükümlülüğü, nitelikli ve tam bir şekilde yapılmışsa, hekim karşılaşılacak komlikasyonun, hukuki sorumluluğundan kurtulacaktır. Yani, hekim komplikasyondan dolayı değil, komplikasyonun kendisinin aydınlatılmamasından dolayı hukuki sorumluluk altına girecektir. Nitekim çeşitli yargı kararlarında da görülmektedir ki; komplikasyonun kendisi değil, komlikasyon hakkında aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranışlarından dolayı, hekimlere cezalar verilmektedir.

4.2.1.7. Aydınlatmanın Mümkün Olmadığı Durumlar

Acil hayati girişimler veya acil operasyon gibi tıbbi müdahalelerde, bu müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi için aydınlatılmış onam alınmasına gerek yoktur. Bu tür durumlarda, tıbbi müdahale; kişinin aydınlatılmış onamı olmadan, hastanın bir an önce sağlığına kavuşmasını sağlamak amacıyla, acil karar verilip uygulamaya sokulur. Böylesi durumlarda, hastanın rızasını alma zorunda kalmak, hastanın yaşamının sonlanmasına neden olabileceği için hekimler, böylesi bir gerekliliği geri plana bırakıp, hastaya müdahale edeceklerdir. Yaşam hakkı, en kutsal temel insan haklarındandır, bu nedenle hekim, hastanın da bu temel haktan vazgeçmesinin imkânsızlığını ön görerek, yapacağı müdahaleye devam edecektir. Sağlık tesislerinin dışında da insanların ilk yardım ihtiyacı olabilecektir, aynı şekilde bu müdahalelerde de rıza aranmayacaktır. Böylesi durumları, tıbbı zorunluluk diye tanımlayabilmemiz için; öncelikle kişinin kendisi ya da kanuni temsilcisinin tıbbi müdahaleye rıza beyanının alınmasının fiilen mümkün olmaması ve hastanın en kutsal hakkı olan yaşam hakkının tehlike altında olmasıgerekir. Bu durumda hekim, salt rıza olmadığı için müdahale etmekten kaçınırsa, yaşam hakkını ihlal etmişolacaktır. Bu yüzden, hastanın yaşamının tehlikeye girebileceği durumlarda, hekimin rıza olmaksızın, yapacağı tıbbi müdahale, hukuka uygun hale gelecektir. Bir tıbbi müdahale için tıbbi zorunluluk tanımlaması yapabilmemiz için, bu müdahaleyi

somut olay özelinde değerlendirmemiz gerekecektir. Sonuç olarak tıbbı zorunluğun oluşması için mutlaka hastanın yaşamının tehlike altında olması gerekir[126].

4.2.1.8. Aydınlatma Zorunluluğun Bulunmadığı Durumlar

4.2.1.8.1. Aydınlatmadan Vazgeçme

Hasta**,** kendisine yapılacak tıbbi müdahale ile ilgili olarak, aydınlanma hakkından vazgeçebilir. Hasta hekim ilişkisi bağlamında, hekime, tam teslimiyetini ilan etmek amacıyla, tıbbi müdahale ile ilgili olarak herhangi bir bilgilendirmeye ihtiyacı olmadığı veya tıbbi literatüre çok hakim olmadığı için aydınlanma hakkından vazgeçebileceğini iletebilir. Bu durum, hasta hakları yönetmeliğinde, hastanın aydınlanma hakkı kapsamında kendisine ve yakınlarına bilgilendirme yapılmamasını isteme hakkınınolacağı şeklinde yer almaktadır. Aydınlanmadan vazgeçme, günlük sağlık hizmetlerinde kabullenebilir gibi görünse de tıbbi müdahalenin; çok riskli, kötü sonuçlarının da olabileceği durumlarda, aydınlanmadan vazgeçme, hem hekim hem de hasta açısından çok sıkıntılı bir süreç yaratacaktır.

4.2.1.8.2. Hastanın Bilgisinin Bulunması

Hasta, yapılacak tıbbi müdahale ile ilgili olarak, geniş bir bilgi sahibi ise aydınlatma zorunlu olmayabilir. Bu duruma örnek olarak, hasta daha önce benzer tıbbi müdahaleye mağruz kalmış veya hastanın hekim, sağlık personeli olması durumlarında aydınlatılma istenmeyebilinir. Ancak böylesi durumlarda, hekim hastasının, tıbbi müdahale açısından bilgili olduğundan emin olmalıdır. Teknolojinin ilerlemesi ile her geçen gün, sağlık hizmetlerinin niteliği değişmektedir, bu yüzden hekim hastasının ne kadar bilgili olduğunu test edip, ona göre aydınlatmanın kapsamını belirleyip, bu süreci tamamlama yoluna gitmelidir.

[126] Şebnem, Akipek Öcal; Nazmiye, Özenbaş Boydağ; Mustafa, AVCI, **Sağlık Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir,2019, s.65.

4.2.1.8.3. Aydınlatmanın Olumsuz Etkide Bulunması

Tıbbi müdahaleden önce, hastanın aydınlatılmasının, yapılacak tıbbi müdahaleye zarar vermesi muhtemelse veya hastanın psikoljik yapısını bozacaksa, hekim hastanın aydınlatılmasından vazgeçebilir. Yapılacak tıbbi müdahale için aydınlatılma, hastanın sağlığına ve yaşamına veya yakınlarının sağlığına zarar verecekse; hastanın yaşam hakkını ihlal etmemek adına aydınlatmadan vazgeçilebilinir. Hasta hakları yönetmeliğinde bu durum şöyle anlatılmaktadır:

"Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanmasıcaizdir"[127].

Aydınlatmadan vazgeçme durumu, genellikle onkolojik vakalarda veya tedavisi çok mümkün olmayan hastalıklarda karşılaşılan bir durumdur. Ancak aydınlatmadan vazgeçme; "hasta, aydınlatılırsa tedaviden kaçacak" şeklindeki değerlendirmeler sebebi ile olacaksa, bu hastanın özerklik ve mahremiyet hakkının çiğnenmesi anlamına gelecektir ve hukuka aykırı olacaktır. Tedavisi mümkün olmayan hastalıklar için aydınlatılmanın nasıl olcağı hususunun açıklaması da hasta hakları yönetmeliğinde şu şekilde yer almaktadır:

"Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağışahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir"[128]

4.2.1.8.4. Acil Durumlar

Hastaya acil müdahale edilmesi gereken durumlarda, hastanın kendisinin bilncinin kapalı olduğu ve yakınlarına ulaşılamadığı zamanlarda, hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Hastaya, acil müdahale edilmesi gerekiyor fakat aydınlatılma için geçecek süre içerisinde, hastanın organlarına veya yaşamına zarar verecek bir durum mevcut ise hekim hastaya aydınlatma yapmadan

[127] Hasta Hakları Yönetmeliği 19. maddesine bakınız.

[128] Hasta Hakları Yönetmeliği 19. maddesine bakınız.

da müdahale edebilir. Ancak bu tür durumlarda, en önemli nokta, hastaya veya organlarına zarar gelme ihtimali olmasıdır. Aksi takdirde mutlaka hastanın aydınlatılması gerekecektir. Bu durum, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinde geniş anlamda açıklanmıştır:

"Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbimüdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur"

4.2.1.9. Hukuka Aykırı Yapılan Aydınlatmanın Sonuçları

Tıbbi müdahale sırasında, hasta aydınlatılmamışssa veya olması gerektiği gibi aydınlatılma yapılmamışssa, hastaya yapılan tıbbi müdahale bilimsel verilere ve tıp uygulamalarına uygun bile olsa hukuka aykırı olacaktır. Aydınlatılma olmaksızın yapılacak tıbbi müdahale, hastanın özerkliğinin ve vücut bürünlüğünün ihlali ile ilişkili olarak görülüp, ceza huku ve borçlar hukuku açısından hukuka aykırı olarak değerlendirilecektir. Bu durum, ceza huku açısından; yaralama suçu, özel hukuk açısından maddi veya manevi tazminat yükümlülüğü olarak değerlendirilecektir.

Aydınlatmanın eksik yapılması, zamanında yapılmaması veya şekil olarak eksik yapılması, aydınlatmanın hukuka aykırı yapıldığını ortaya koyacaktır. Özel hukuk bağlamında, tazmin sorumluluğunun olabilmesi için kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında, iradesi dışında oluşacak eksikliklerin olması gerekir. Kişinin malvarlığında ve vücut bütünlüğünde meydana gelen zarar, maddi tazminata; kişinin maddi ve maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklarını içeren şahıs varlığında meydana gelen zarar da manevi tazminata neden olarak gösterilecektir. Ayrıca hasta hekim arasındaki ilişkiyi, özel hukukta yer alanvekalet sözleşmesi olarak tanımlamak da mümkündür. Vekalet sözleşmesi boyutuyla, hasta hekim ilişkisinde güven unsuru,

dikkat ve özen yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğü çok önemli yer bulur. Hastasını aydınlatmayan hekim, vakalet sözleşmesinde yer alan bu unsurları sakatlamış olacaktır. Hekim, sadakat yükümlüğüne ve güven unsuruna aykırı davranarak da hukuka aykırı davranmış olacaktır. Bir başka bakış açısı da aydınlatma yapılmamasının, hasta hakkı ihlali olduğu ve hekimin etik boyutuyla değerlendirilip disiplin soruşturmasına dahil edilebileceğidir. Hekimin Disiplin süreci ile ilgili olarak TTB Disiplin Yönetmeliği:

"Para cezası, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun 39 uncu maddesinin (b) bendinde belirtilen sınırlar dahilindeki paranın odaya ödenmesine dair verilecek cezadır.

Hastanın aydınlatılmış onamını usulüne uygun almaksızın tıbbi girişimde bulunmak"[129].

4.2.2. Rıza

Hastaya uygulanan tıbbi müdahalenin, hukuka uygun hale gelmesi için mutlaka rızanın olması gerekir; aydınlatma ise rızanın ön şartıdır.Hastanın, kendi özerkliği buyutuyla, kendi vücudu üzerinde, mutlak tasarrufta bulunabilme hakkı vardır. Hastanın, tıbbi müdahale için vereceği rızayı da hastanın özerklik ve kendi geleceğini belirleme hakkı olarak değerlendirmek gerekecektir. Tıbbi müdahale için hastanın vereceği rıza, tek taraflı irade beyanıdır,bu irade beyanının sakatlanmaması açısından şu özelliklere sahip olması gerekir;*"ayırt etme gücünün olması (temyiz gücü), irade sakatlılığının bulunmaması ve rızanın hukuka, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmaması"*.

Tıbbi müdahale için verilecek aydınlatılmış rızanın, insanın dokunulması bile düşünelemeyecek yaşam hakkı ile sıkı ilişkisini, Anayasanın 17. maddesi: *" 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"* şeklinde

[129]TTBDisiplinYönetmeliği4.maddesinebakınız,https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=125:tk-tablerbldl-yetmel&catid=2:ymelik&Itemid=33, Erişim Tarihi:10.04.2021.

yer vererek ortaya koymuştur. Tababet ve ŞuabatıSan'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 70. maddesinde rızanın alınmasının zorunluluğu ve bu zorunluluğun yerine getirilmemesi ile hekimin cezai sorumluluğunun olacağını ortaya koymaktadır:*"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını 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 edenlere ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir"*[130]. Bu durumun belirtildiği bir diğer hukuki mevzuat ise Hasta Hakları Yönetmeliğinin md.5/d, md.22,md. 24.'tür:*"Tıbbizorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz*

Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbiameliyeye tabi tutulamaz.

Tıbbimüdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz".

Bu konu hakkında bir başka hukuki değerlendirme de Medeni Kanununda yer almaktadır: *"Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz"*[131].

Rıza, tıbbi bir müdahalenin gerçekleştirilmesinin kabülü anlamına gelen, tek taraflı, hukuki işlemdir. Tıbbi müdahaleye rıza verilmesinin hukuken geçerli olması için müdahaleden önce, rıza gösterilmiş olmalıdır. Borçlar hukukunda, haksız fiili hukuka uygun hale getiren nedenlerden biri de rıza olmasıdır. Bu yüzden, hukuka uygunluk kriterinden yararlanmak için; rızanın, mutlaka tıbbi müdahaleden önce

[130] Tababet ve ŞuabatıSan'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 70. maddesine bakınız.

[131] Hasta Hakları Yönetmeliğinin 5/d, 22,24. maddesine bakınız.

alınması gerekir. Tıbbi müdahaleden sonra verilecek rıza, ceza hukuku anlamında geçersiz olur, borçlar hukuku anlamında haksız fiil olmasını engellemez ancak hekimin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.

4.2.2.1. Rızanın Şekli

Hastanın, tıbbi müdahale için verdiği rıza, tek taraflı bir irade beyanıdır. Bu irade beyanı, zımmi veya açık da olabilir. Hastanın zımmi olarak gösterdiği irade beyanı, vakaların somut durumuna göre değişebilmektedir. Örneğin, bir hastanın ameliyat nedeni ile hastaneye gidip, yatış işlemlerini yapıp, hastaneye yatması ameliyat için zımmi onay verdiği anlamına gelecektir. Ancak ister açık, ister zımmi rıza olsun, her iki durumun da hukuken geçerli olması için mutlaka hastanın aydınlatılmış olması gerekir. Tıbbi müdahale için verilen rıza sözlü veya yazılı olabilir. Rızanın şekli ile ilgili hukuk mevzuatımızda, farklı düzenlemeler yer almaktadır. Bunlardan ilki, hasta hakları yönetmeliği olup, yönetmelikte bazı istisnalar dışında hastanın rıza verme işlemi için şekil zorunluluğu öngörülmemiştir: *"Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir"*[132]. Bir diğer hukuki mevzuat olan Tababet ve ŞuabatıSan'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununda; *"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını 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 edenlere ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir"*[133]şeklindedir. Rıza ile ilgli olarak medeni kanun, spesifik müdahaleler açısından yazılı şekil öngörmüştür; *"Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî*

---

[132] Hasta Hakları Yönetmeliğinin 28. maddesine bakınız.

[133] Tababet ve ŞuabatıSan'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu 70.Maddesine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=1219&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3#:~:text=Madde%2070%20%E2%80%93%20(De%C4%9Fi%C5%9Fik%3A%2023,bu%20muvafakatin%20tahriri%20olmas%C4%B1%20laz%C4%B1md%C4%B1r.,Erişim tarihi:10.04.2021.

tazminat isteminde bulunulamaz"[134]. Yukarıda belirtttiğimiz hukuki değerlendirmelerle de rızanın bir şeklinin olmadığı anlaşılmakta olup, ıspat yükümlülüğü açısından yazılı şekilin, hekimin ıspat külfetinden kurtulmasına neden olacağı görülmektedir. Tıbbi müdahalenin, hukuka uygun olmasını sağlayan, rızanın varlığıdır, rızanın şekil şartının yerine getirilmemesi, tıbbi müdahaleye verilen rızayı sakatlamaz.

4.2.2.2. Rıza Verme yetkisi

Kişinin, kendisine uygulanacak olan tıbbi müdahaleye rızasının, hukuka uygun olabilmesi için en önemli şartlardan birisi de, rıza verecek kişinin, rıza ehliyetinin olmasıdır. Çünkü rızanın açıklanması, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmakla beraber, bu hakkın bizzat kullanma hakkı, kişinin kendisindedir. Bu yüzden günlük sağlık uygulamalarındayapılan; hastanın yakınlarından, tıbbi müdahaleye rıza alma işlemi, hukuka aykırı olacaktır. Çünkü kişinin mutlak haklarından olan rıza hakkı elinden hukuksuzca alınmış olacaktır. Rıza verecek kişide, aranan ehliyet; medeni hukutakifiil ehliyeti veya ceza hukukndakikusur yeteneği olmamalı, hastanın kendisine uygulanacak tıbbi müdahalenin ne olduğunu, olası sonuçlarınırisklerinie bunun sonucunda oluşabilecek fayda ve zararları tam olarak anlayıp, karar verebilme yetisi şeklinde olmalıdır. Hekim, tıbbi müdahaleye onay verecek kişinin, bu konuda ehil olup olmadığına karar verirken, hastanın fiziksel durumunu, hastanın anlama kapasitesini ve psikolojik durumunu göz önüne almalıdır.

Çocuklarda yapılacak tıbbi müdahalelerde; hekim, hastanın rıza ehliyetinin olmadığına dair şüpheye düşerse, kanuni temsilcisinden onay alma sürecine girmelidir. Kanuni temsilcinin kim olduğuna dair tanımorgan ve doku nakli kanununda yapılmıştır:

"Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin;

[134] Türk Medeni Kanunun 23. maddesine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf, Erişim Tarihi:10.04.2021.

bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir"[135].

Ancak mevzuatta, çocuklarda rıza için aranan ehliyet konusunda farklı bakış açıları mevcuttur. Örneğin Tababet Ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70. maddesinde rızanın, çocuklarda nasıl alınacağı sorusunun cevabı şöyle olmaktadır: "*Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır"*[136]. Birbaşkahukkuki mevzuat olan hasta hakları yönetmeliğinde ise;"*Tıbbimüdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanlarıanlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgilialınacak kararlara katılımısağlanır"*[137]şeklindedir. Medeni Kanunun 16. maddesinde ise; *"Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar"*[138]şeklinde yer almaktadır. Öncelikle tıbbi müdahaleye verilecek olan rıza hakkının, kişinin kendi vücudu ve kendisine sıkı sıkıya bağlı olan bir hakkı olması; salt çocuk olması nedeni ile direkt yasal temsilcisinden onay alınması, kişinin yaşam hakkı ile ilgili vereceği, özerk olması gereken hakkın çiğnenmesi anlamına gelecektir. Bu yüzden, hasta hakları yönetmeliğinde yer aldığı gibi, çocuklar mutlaka rıza sürecinin bir parçası

[135]Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması Ve Nakli Hakkında Kanunun 14. Maddesine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf,ErişimTarihi:11.04.2021.

[136]Tababet Ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70. Maddesine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=1219&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3, ErişimTarihi:11.04.2021.

[137]HastaHaklarıYönetmeliği24.Maddesinebakınız.https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5,Erişim Tarihi:12.04.2021.

[138] Türk Medeni Kanunun 16. maddesine bakınız.

olmalıdırlar. Çocuktan rıza alma işlemi, hekimin yapacağı değerlendirmeler sonucunda kararlaştırılmalıdır. Eğer hekim, yapılacak olan tıbbi müdahalenin kapsamı ve diğer özellikleri hakkındaki bilgilendirmeyi, çocuğun anlama iradesi varsa, mutlaka kendisinden almalıdır. Ancak hekim, yapılacak olan tıbbi müdahale içinçocuğun ayırt etme gücünün olmadığı görüşüne sahip olursa, o zaman küçüğün yasal temsilcisinden onay almak gerekecektir. Tıbbi müdahaleye gösterilecek rıza hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır, bu yüzden Hasta Hakları Yönetmeliğinde her şekliyle kişinin kendisine bilgi aktarımının yapılması gerekliliği ortaya koyulmuştur: *"Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanlarıanlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgilialınacak kararlara katılımısağlanır"*[139]. Çocukların, tıbbi müdahaleye rızasının alınması sürecinde, aktif rol alması gerektiği vurgusu, uluslararası belge olan İnsan Hakları Ve Biotıp Sözleşmesinin 6. maddesinde:*"Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak gözönüne alınacaktır"*[140]şeklinde yer verilmiştir. Medeni Kanunun 339. maddesinde;*"Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanırlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar"* [141]şeklinde yer verilmesi ile kişiye sıkı sıkıya bağlı olan ve önemli olarak kabul edilen tıbbi müdahaleye onay sürecinde de mutlaka küçüğün görüşünün alınılması savunulmuştur.

Özet olarak çocuklarda rıza açıklaması ile ilgili olarak göz önünde bulundurulması gerekenler:

---

[139] Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesine bakınız.

[140] Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları veİnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin 6. maddesine bakınız. https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html, Erişim tarihi:15.04.2021.

[141] Türk Medeni kanunun 339. maddesine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf, Erişim Tarihi:15.04.2021.

-Öncelikle çocuğa uygulanacak olan tıbbi müdahalenin türü belirlenmelidir. Yani bu müdahalenin riskleri analiz edilmelidir.

-Çocuğun ayırt etme kapasitesi, tıbbi müdahalenin niteliğine göre değişeceği için hekim her vaka için ayrı değerlendirme yaparak, buna karar vermelidir.

-Hekim, çocuğun ayırt etme kapasitesinin olduğu kararına varırsa, çocuğun rızasını almalıdır. Bu durumda olan vakalarda, çocuğun yasal temsilcisinin onayını almak eksik ve yetersiz olacaktır.

-Hekim, çocuğa uygulanacak tıbbi müdahale açısından, çocuğun ayırt etme gücünün olmadığı kanısına varırsa, bu durumda çocuğun yasal temsilcisinden alınacak onay yeterli olacaktır. Ancak bazı durumlarda, çocuğun anne ve babasının kararları farklı olabilecektir; bu durumda, hekim mutlaka mahkeme kararı ile çocuğun menfaatine uygun olanı seçilmesini sağlamalıdır.

Hasta hakları yönetmeliği ile tıbbi müdahalaye rıza sürecinde hastanın küçük veya kısıtlı olması durumunda, yasal temsilcisinden onay alınması gerektiği yer almaktdır. Ancak kanuni temsilci, tıbbi müdahaleye onay vermiyorsa ve yapılacak tıbbi müdahale zorunlu ise hekimin mahkemeye başvurması ile mahkeme kararı ile yapılacaktır. Nitekim bu durumun nasıl çözüm bulacağı, Türk Medeni Kanununda şöyle yer almaktadır:

"Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.

Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür"[142].

Türk Medeni kanunun sunmuş olduğu bu çözüm yolu, Hasta Hakları Yönetmeliğindedeyer almaktadır:

[142] Türk Medeni kanunun 346. ve 487. maddesine bakınız.

"Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 incimaddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır"[143].

Acil veya hastanın bilincinin kapalı olduğu durumlarda, rıza işleminin nasıl olması gerektiği hususu, Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre;*"Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbimüdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur "*[144](md. 24).

4.2.2.3. Rızanın Kapsamı

Tıbbi müdahaleye verilecek rızanın geçerli olması için, hukuki mevzuatımıza aykırı bir durum yaşanmamalıdır. Bu durumun gerekliliği, Hasta Hakları Yönetmeliği 28. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmektedir: *"Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz"*[145]. Bununla beraber tıbbi müdahale için verilecek rıza, soyut ve genel olmamalıdır. Hastadan, sağlık kuruluşuna başvurusundan itibaren, yapılacak tüm işlemleri için genel nitelikte bir onam alınamaz. Kendine özgü olan her tıbbi müdahale için özel olarak rıza alınmalıdır. Ancak hastaya uygulanacak herhangi bir tıbbi müdahalenin bileşeni olan işlemler için ayrıca onam almaya gerek olmayacaktır. Örneğin ilaçlı MR çekimi için alınacak onayda, ayrıca bu işlem esnasında yapılacak olan enjeksiyon işlemi için de onam almaya gerek

[143] Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesine bakınız.

[144] Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesine bakınız.

[145] Hasta Hakları Yönetmeliği 28. maddesine bakınız.

kalmayacaktır. Bu duruma, Hasta Hakları Yönetmeliği 31. Maddesinde de değinilmiştir: "*Hastanın verdiği rıza, tıbbimüdahaleningerektirdiğisürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar"*[146]. Ayrıca hastaya uygulanacak tıbbi müdahale, birden fazla uzmanlık alanının girişimini gerektiriyorsa her bir uzman hekim için ayrıca onam alma işlemi gerçekleştirilmelidir.

4.2.2.4. Rızanın Aranmadığı Haller

Kural olarak, hastaya uygunacak her tıbbi müdahale için spesifik olarak rıza alınma şartı vardır. Ancak hukuk mevzuatımız, bazı zorunlu şartlarda, rıza alınmamasını, hukuka aykırı olarak görmemiştir. Yani rıza alınmadan yapılabilcek tıbbi müdahaleler de olabilecektir. Ancak, bu durumu, zorla tedavi ettirmek olarak algılamamak gerekir. Zorla tedavi ettirmek, anayasamızda ve uluslararası belgelerde yer alan ve insana sıkı bir şekilde bağlı olan yaşam hakkının ihlali anlamına gelecektir.

Ülkemizde, kamu sağlığını korumak amacıyla yasalaşan, Umumi Hıfzısıhha Kanununda, salgın hastalıklar ile mücadele kapsamında, çeşitli müdahalelerin onay olmaksızın yapılabileceği durumlar şu şekilde sayılmıştır;

" 57nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur:

1 - Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşrü tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz'ı.

2 - Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki.

3 - Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri.

4 - Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlafı.

[146] Hasta Hakları Yönetmeliği 31. maddesine bakınız.

5 - Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri.

6 - Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men'i.

7 - Dahilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi"[147].

Yine aynı kanunun 64. maddesine göre Sağlık Bakanlığının kamu sağlığını koruma adına, onay almaksızın, birtakım işlemleri gerçekleştirebileceğine dair hukuki düzenleme mevcuttur:

"*57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşrü ilâna ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkürtedabirin kaffesini veya bir kısmını tatbika Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti salahiyettardır"*[148].

Aynı kanunda, kamu sağlığını korumak adına, çiçek aşısının zorunlu olduğu ve diğer çocuk aşılarının da ebeveynleri tarfından yaptırılması gerekliliği vurgulanmıştır;

"Türkiye dahilinde her fert çiçek aşısı ile mükerrenen aşılanmağa mecburdur. Bu aşının, icrası tarzı ve vesikaların ne suretle ita olunacağı ve aşılarının fennen geri bırakılması icap eden kimseler 87 nci maddede yazılan yönetmelikte zikredilir.

Türkiye hudutları dahilinde doğan her çocuk doğumu takip eden ilk dört ay zarfında aşılanır. Çocuğun peder ve validesi aşı mecburiyetinin ifa edilmesinden aynı suretle mesuldürler. Ebeveyni olmayan çocuklar veya ebeveyni nezdinde

---

147 Umumi Hıfzısıhha Kanunu 72 maddesine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1593.pdf, Erişim Tarihi:17.04.2021.

148 Umumi Hıfzısıhha Kanunu 64. maddesine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1593.pdf, Erişim Tarihi:17.04.2021.

bulunmayan çocuklar için çocuğu bakmak üzere kabul eden şahıslar veya müesseseler müdürleri mesuldürler.

Otuz yaşına kadar olan her şahıs çiçek aşısını beş senede bir tekrar ettirmeğe mecburdur. Çiçek salgını vukuunda sıhhat memurları tarafından lüzum görülecek bütün eşhasa çiçek aşısı tatbikı mecburidir"[149].

2559 sayılı Polis Vazife Ve Salahiyet Kanunun md.13/f bendinde birtakım kişilerin, kamuyu koruma maksadıyla, alıkonulup çeşitli tedbirlerin alınacağı yer almaktadır;

"Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri"[150]. Bu tip vakalarla alakalı olarak, bir başka düzenleme de Türk Medeni Kanunnun 432. Maddesi ve devamındaki maddelerdir:

"Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu Madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar

Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu Madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında, ancak resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra karar verilebilir.

Resmî sağlık kurulu raporunun alınabilmesini temin amacıyla; kişinin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle kıl, tükürük, tırnak gibi örnekler

[149]Umumi Hıfzısıhha Kanunu 88., 89., 90. maddesine bakınız.

[150]Polis Vazife Ve Salahiyet Kanunun 13/f bendine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2559.pdf, Erişim Tarihi:17.04.2021.

alınabilir, kişiye gerekli tıbbi müdahaleler yapılabilir ve gerektiğinde kişi, hekim ön raporu üzerine en fazla yirmi gün süreyle sağlık kuruluşuna yerleştirilebilir.

Bu madde kapsamında alınan kararların icrası için gerektiğinde ilgili kişi hakkında zor kullanılabilir ve sağlık görevlilerinden gerekli tıbbi yardım alınabilir" şeklinde yer alarak, bu tip kişilerde, rıza olmaksızın tedavi yapılabileceği ve bunun usulleri hakkında geniş bir değerlendirme yer almıştır.

Kamu sağlığını korumak adına, devlete, kişilerin onayı olmadan, müdahale hakkı veren bir başka düzenleme de Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zürevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğüdür. Bu tüzüğün ilgili maddelerinde muayenenin zorunlu olduğu ve bu sürecin sonunda tanısı konulan bazı bulaşıcı hastalıkların tedavisinin zorunlu olduğu hallere yer verilmektedir;

"*Bütün genel kadınlar, izinli olsalar dahi, haftada iki defa,23 üncü maddede yazılı kadınlarda, on günde bir defa kendilerini resmi tabibe muayene ettirmeye mecburdurlar*

Yapılan muayene sonucunda Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 129 uncumaddesinde yazılı hastalıklardan birine tutulmuş olduğu anlaşılan genel kadınlar, Kanunun bu maddesine göre sanatlarını yapmaktan men edilerek haklarında aşağıda yazılı işlem uygulanır: a) Cüzzam ve ilerlemiş verem hastaları, gereken işlemin yapılması için mahalli sağlık ve sosyal yardım müdürlüğüne, hükümet veya sağlık ocağı tabipliğine bildirilir. b) Zührevi hastalıkların her türlü şekilleriyle, uyuz empetigo ve entertrigo hastalıklarına yakalanmış olanlar, revir ve hastanede tedavi altına alınır. Her iki haldede, bu kadınların sanatlarını yapmaktan men edildikleri zührevi hastalıklarla mücadele teşkilatının icra kısmına yazı ile bildirilir. Zührevi bir hastalığa tutulduğu anlaşılan ve hastalığı etrafına

bulaştıracağından şüphe edilen 23 üncü maddede yazılı kadınlar hakkında da, bu maddenin (a) ve (b) bentleri hükümlerine göre işlem yapılır"[151].

Halk sağlığını korumak amacıyla, bir başka düzenlemenin konusu da, yurtdışından ülkemize giriş yapan vatandaşların, salgın hastalıkla mücadele anlamında, kişilerin onayı olmaksızın maruz kalabileceği tedbirlerin olduğu Umumi Hıfzıssıhha Kanunun ilgili maddeleridir;

"Türkiye limanlarına sari ve salgın hastalıkların duhulüne mani olmak için aşağıda zikredilen tedbirler ittihaz edilir:

1 - Gemilerin tıbbi muayenesi.

2 - Bulaşık olduğundan şüphe edilen yolcuların nezaret altında bulundurulması veya tecridi.

3 - Hastaların tahaffuzane veya sari hastalıklar hastanelerinde şifa buluncıya kadar tedavi ve etrafı için tehlikeleri zail oluncıya kadar tecridi.

4 - Gemilerin ve sıhhat memurlarının görecekleri lüzum üzerine tathiri kabil olan ticaret eşyasiyle zati eşyanın ve gemi eşyasının fenni tathiri.

5 - Hastalık amilini nakle vasıta olan haşeratın ve hayvanların itlafı.

6 - Yolcu ve mürettebata aşı veya serum tatbiki.

Bu tedbirlerin tatbikı için lazım gelen zaman zarfında gemilerin limanlarda tevkifine hudutlar ve sahiller sıhhat memurları salahiyettardırlar.

Komşu memleketlerden birinde 37 nci maddede zikredilen hastalıklar zuhur ettiği takdirde kara hudutlarında Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletince vürut edecek yolcularla zati ve ticari eşya hakkında aşağıdaki tedbirler alınır:

---

[151] Genel Kadınlar Ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler Ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zürevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü 25 ve 32. maddesine bakınız.https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.4.5984.pdf, Erişim Tarihi:18.04.2021.

1 - Tren, araba veya herhangi bir suretle karadan veyahut nehir yolu ile gelen yolcuların hudutlara dahil oldukları mahalde veya hududa civar münasip bir yerde tıbbi muayeneleri.

2 - Aşı veya serum tatbikı.

3 - Zati veya ticari eşyadan tathir ve tephiri mümkün ve faydalı görülenlerin tathiri.

4 - Yolcuların tıbbi nezaret altına alınması veya şüpheli şahısların tecridi.

5 - Hastaların tecrit ve tedavisi.

37 nci maddede zikredilen hastalıklardan birinin hüküm sürdüğü memleketlerden hava nakil vasıtalariyle vürut eden yolcu ve eşyalar hakkında 54 üncü maddede yazılan tedbirler Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletinin münasip göreceği hallerde hudutlarda veya bu vasıtaların karaya indikleri mahallerde tatbik olunur"[152].

Hastalara uygulanacak tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için, rızanın gerekliliği kousunda tartışmaların yoğun yaşandığı bir başka grup da; ceza ve tutukevlerinde kalan mahkûmlarınteleplerini, açlık grevi veya ölüm orucu gibi eylemlerle duyurmak istedikleri süreçle alakalı olmaktadır. Bu süreçte, mahkûmlara zorla müdahale etmenin sınırlarının çizildiği hukuki mevzuat Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun ilgili maddeleridir;

"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. Psikososyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.

[152] Umumi Hıfzıssıhha Kanunun 49., 54., 56. maddesine bakınız.

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 ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.

Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddî tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.

Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayatî tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur.

Bu madde uyarınca hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır"[153].

Bu maddeler ile kişinin yaşamı üzerinde bulunan özerklik hakkını ihlal edilmesiyle, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine aykırılık olacaktır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 5.maddesinde; *"Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir".*Bu durumla ilgili olarak, bir başka hukuki değerlendirme de Hasta Hakları Yönetmeliğinin 25. maddesidir; *"Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir."* Bu tür durumlarda, iki

[153] Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 82. maddesine bakınız.

durum çatışması yaşanacaktır; greve giren kişinin, bilinci daha açıkken, hiçbir şekilde müdahaleye izin vermeyen irade beyanı ile yani rızanın yokluğu ile şuuru kapanan ve onu hayata döndürmeye yeminli hekimin hastanın yararına davranma ilkesidir[154].

Tıbbi müdahalenin, onay olmaksızın yapıldığı bazı durumlar, hukuka uygun olabilmektedir. Bu durma örnek olarak, Türk Ceza Kanununda yapılan değerlendirmeler şu şekildedir:

"(1) Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.

(2) Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir"[155].

"(1) Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar.

(7) Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık

---

[154] Gürcan, Altun; Betül Uğur, Altun,"Açlık ve Açlık Grevinin Klinik, Etik ve Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi", **Klinik Gelişim Dergisi Adli Tıp Özel Sayısı**, C22, 2009, s.144.

[155] Türk Ceza Kanunu 32. maddesine bakınız.

kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hakimkararıyla serbest bırakılabilir"[156].

"*Fuhşa sürüklenen kişi, tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi tutulabilir"*[157].

"(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 yönetmeliklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz"[158].

Ceza yargılamasında da, özellikle deliller elde edilirken, rıza alınmaksızın yapılanbirtakım tıbbi müdahalelerin hukuka uygunlukları yer almaktadır;

"Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması

(1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

---

[156] Türk Ceza Kanunu 57. maddesine bakınız.

[157] Türk Ceza Kanunu 227. maddesine bakınız.

[158] Türk Ceza Kanunu 287. maddesine bakınız.

(3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.

(4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.

(5) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz.

(6) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

(7) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır"[159].

Ceza Muhakemesi Kanunu 76. maddesine göre;*"(1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.*

(2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.

(3) Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir.

---

[159]Ceza Muhakemesi Kanunu 75 maddesine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf, Erişim Tarihi:18.04.2021.

(4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

(5) Bu madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir".

Ceza Muhakemesi Kanunun 78. maddesi çerçevesinde;

" (1) 75 ve 76 ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması hâlinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır.

(2) Birinci fıkra uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi, bu hâlde de uygulanır"

Türk Medeni Kanunu 284. maddesinde,soybağı belirlenmesi işlemleri sırasında yapılacak tıbbi müdahalelere, ilgilinin rıza göstermesi gerektiği, eğer rıza göstermez ise muhakeme sırasında bu durumun onun aleyhine kullanılabileceği yer alamakdatır[160].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu da tıbbi müdahale için rıza kavramını, Medeni Kanunundakine benzer bir şekilde ortaya koymuştur;

"Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir

[160] Türk Medeni Kanunu 284. maddesine bakınız.

sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir"[161].

Hastanın kendisinden veya yasal temsilcisinden, tıbbi müdahale için rızasının alınmadığı, ancak hukuka uygun olarak kabul edilen müessese, *"varsayılan rıza"*kavramıdır[162]. Tıbbi müdahalenin, varsayılan rıza ile hukuka uygun hale gelmesi için, şuuru yerinde olmayan veya rıza işleminin, mevcut olanaklardan dolayı alınamaması gerekecektir. Bu tür durumları, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi; *"Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir"*[163]şeklinde açıklamıştır. Çünkü kişinin onayını almadan yapılacak girişim, onun yaşam hakkının ihlal edilmesine neden olacaktır. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. Maddesinde de bu sözleşmeye benzer bir hüküm vardır: *"Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir"*[164].

Varsayılan rızanın tespitinde kullanılan bir diğer yöntem de, hastanın tıbbi müdahaleden önce, kendi vücut özerkliği bağlamında, ortaya attığı irade beyanı veyadaha önceki hal ve hareketleridir. Hastanın, daha önceki beyanları ve diğer özellikleri ile *"hastanın şuuru açık olsaydı, bu müdahaleye izin verirmiydi"* sorusuna cevaplar aranmaya çalışılır. Eğer bu soruya cevap "evet" şeklinde ise bu müdahale artık hukuka uygun hale gelmiştir.Bu durum İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 9.maddesinde;*"Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan*

---

[161]Hukuk Muhakemeleri Kanunu 292. maddesine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf, Erişim Tarihi:19.04.2021.

[162] Henning, ROSENU, "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza", Çeviren: Ali Kemal Yıldız, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular", C3, S2, 2006, s. 49-59.

[163]Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları veİnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin 8. maddesine bakınız.

[164] Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesine bakınız.

*bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınmalıdır"*şeklinde yer almaktadır[165].

Varsayılan rıza, acil müdahale veya hastanın şuur durumunun karar verebileceği pozisyonunda olmamasının dışında, zorunlu nedenlerle ameliyat genişlemesi vakalarında da gündeme gelecektir. Zorunlu nedenlerle ameliyat genişlemesinde; ameliyatın yarıda bırakılıp, tekrar onay alma sürecine girilmesi, hastada ekstra riskleri yaratacaksa, hastanın daha önce verdiği muhtemel rıza ile bütünleşik düşünüp, hastanın faydasına olmak koşulu ile ameliyat genişletilebilecektir. Ancak bu tür durumlarda, en önemli kıstas, ameliyat genişletilmesse, hastanın hem hayati durumu, hem de sonraki yaşamında kötü sonuçlarla karşılaşılması olasılığıdır. Budurum, Hasta Hakları Yönetmeliği 31. Maddesinde; *"Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir"*[166]şeklinde yer verilerek varsayılan rızanın, hasta ve hekim açısından çok önemli olduğu vurgulanmıştır. Ancak bazı vakalarda ameliyatın genişleme olasılığı, hekim tarafından, operasyondan önce öngörülmektedir, bu tür durumlardaameliyatın genişlemesi olayı için de hastadan rıza alınması gerekir. Aksi takdirde hekim rızanın alınmamasından dolayı sorumlu olacaktır.

4.2.2.5. Rızayı Sakatlayan Haller

Hastanın verdiği rızanın, hukuka uygun olması için verilen rızanın, kendi özgür iradesi sakatlanmadan, alınmış olması gerekir. Rıza alma işlemini hukuka aykırı hale getiren, rızayı sakatlayan tehdit, hile, cebir, hata halleridir. Bu yüzden, rıza alınırken hekim, hastanın serbestçe, kendi iradesi ile rıza vermesini sağlamak için hem fiziki şartları, hem de sosyolojik ve psikolojik ortamı ideal hale getirmelidir. Yani hekim, rızanın alınması işlemini, şüpheye düşürmemek için elinden geleni yapmalıdır. Kişinin bilinç durumunun çeşitli ilaçlarla, bulanık duruma

[165] Zafer Adem, Gencer, **Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Legal Kitapevi, Ankara, 2014, s.79.

[166] Hasta Hakları Yönetmeliği 31. Maddesine bakınız.

gelmesi üzerine alınacak rıza işlemi, kişinin iradesini sakatladığından dolayı hukuka aykırı olacaktır. Bir başka örnek olarak, hekimin hastadan rıza almak için yapacağı tıbbi müdahalenin, gerçekte olduğundan fazla riskli veya kötü gösterip, hile ile rızayı almaya çalışması da hukuka aykırı olacaktır.Rıza işleminde, bilgilendirme yapacak hekim, bizzat tıbbi müdahaleyi yapacak hekim olmalıdır ve hatta bazen birden fazla uzmanlık alanını ilgilendiriyorsa, birden fazla uzmanın rıza almış olması hukuka uygun olacaktır; bu işlemlerin herhangi birinin bile eksik yapılması, rızayı hukuken sakatlayacaktır.

4.2.2.6. Aydınlatılmış Rıza formları ve Etkileri

Hekimin uygulayacağı tıbbı müdahalenin, hukuka uygun hale gelmesi için gereken en önemli şartlardan birisi, usulüne uygun bir şekilde aydınlaılmış rızanın alınmış olmasıdır. Yukarı da da anlattığımız gibi aydınlatılmış rıza işleminde, şekil şartı aranmamakla beraber, ıspat külfeti açısından, bu rızanın yazılı hale getirilmiş olması, hekimlerin hukuk karşısında kendilerini daha güvende hissetmelerini de sağlayacaktır. Tıbbi müdahale için alınacak olan yazılı aydınlatılmış rıza formları, bir sorumsuzluk sözleşmesi anlamında olmayacaktır; bu rıza formunun yegâne anlamı, hastanın, yapılacak olan tıbbi müdahale açısından, olması gerektiği gibi bilgilendirildiği ve bunu takiben de hastanın kendi özgür iradesi ile bu işleme onay verdiği beyanı olacaktır. Bir Yargıtay kararında da hastanın özgür iradesinin önemli olduğu şe şekilde ortaya koyulmuştur: *"Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarladır ki ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rıza hukuken değerli olan bir rızadır"* denilmekte ve aydınlatmanın ne şekilde olması gerektiği açıklanmaktadır[167]. Hastanın özgür iradesinin önemini vurgulayan bir diğer mevzuat da uluslararasıbelge olan Biyotip Sözleşmesidir: *"Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye,*

[167] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 07.03.1977 tarihliE. 1976/6297, K. 1997/2541 Sayılı Kararı

Aktaran; Pervin, Yıldız, "Rıza Ve Rıza Formlarının Hukuksal Niteliği", **VI. Sağlık Hukuku Kurultayı 2015**, Ankara , Editörler: Cahid DOĞAN , Berna ÖZPINAR GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.64.

müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmelidir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir"[168] şeklinde yer alır.

Hekim, aydınlatılmış rıza formunun imzalanması ile bütün sorumluluklarından kurtulmuş sayılmayacaktır. Çünkü bu formlar, sadece onu ıspat külfetinden kurtaracaktır. Yazılı aydınlatılmış rıza formlarının kapsamı, sağlık işletmesinde yapılacak bütün işlemleri kapsamamalıdır. Aydınlatılmış rıza, kendi özünde, tek başına, bir tıbbi müdahale olarak değerlendirilen her işlem için ayrıca alınmalıdır. Ayrıca, rıza formları, hekime tıbbı açıdan, bir sorumsuzluk alanı doğuracaktır fakat bu formları, hekimi tamamen cezai sorumluluktan kurtaran belgeler olarak görmemek gerekir. Bu duruma bir örnek olarak, sağlık işletmelerinde günlük pratikte çok karşılaşılan bir durum olan hastanın kendi isteğiyle, bütün tıbbi müdahaleleri ret edip, sağlık işletmesini terk etmesi vakasını gösterebiliriz. Hekimler, bu tür durumlarda, hastanın, hastaneyi terk etmesi durumunda karşılaşabileceği tehlikeler ve kendisine yapılacak olan tıbbi müdahalenin yapılmamasından dolayı doğacak olan tüm kötü sonuçları kendisine hatırlatıp, kendisinin de bukötü sonuçları kavradığını, bunu bilerek tıbbi müdahaleyi reddettiğini ve hastaneyi terk edeceğinibelirten ifadesini, yazılı hale getirip, hastaya onaylatmalıdır. Aksi takdirde, hekimler, aydınlatılmış rıza kapsamında, sorumlu olacaklardır. Çünkü yapılacak her işlem, kendi özünde bir tıbbı müdahale olarak değerlendirilip, ona özgü rıza alınmalıdır. Bu duruma örnek olarak verilen bir Yargıtay kararında ise hastanın kendisine uygulanan tıbbi müdahalenin ayrıntıları hakkında bilgi verilmediği ve dolayısıyla aydınlatma işleminin eksik yapıldığı nedeniyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur: *"Yargıtay'ca yapılan değerlendirmede yukarda sözü edilen yasal dayanaklara vurgu yapıldıktan sonra "davalı tarafça da davacıya uygulanan müdahale sonrası oluşabilecek komplikasyonların anlatıldığına ilişkin dosyada bir bilgi ve belge bulunmamaktadır. Yine davacının taburcu sonrası kontrole çağrılmasının gerekip gerekmediği, zamanında kontrole çağrılsa idi tedavi süresinin uzayıp uzamayacağı hususları da hükme dayanak raporda açıklanmamıştır. O halde mahkemece bir üniversiteden öğretim üyelerinden*

[168]Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları veİnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin 5. maddesine bakınız.

oluşturulacak konusunda uzman, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan yukarıda açıklanan hususlarda nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, sonucuna göre karar erilmelidir"[169].

Hastanın rızasının alınacağı rıza formları, matbu, genel nitelikte formlar olmamalıdır. Her tıbbi müdahale için özellikli hazırlanmış rıza formları olmalıdır. Bu rıza formlarında, hastanın ve hekimin nitelikli bir şekilde tanıtımı sağlanmalıdır. Rıza formlarında, yapılacak tıbbi müdahalenin niteliği,kapsamı, müdahaleden önceki durum, müdahaleden sonraki durum ve tıbbı müdahalenin olası kötü sonuçları, ayrıntılı bir şekilde anlatılmalıdır. Yapılacak olan tıbbi müdahalenin, varsa alternatifleri mutalaka belirtilmelidir. Bu formlarda, hasta kendi el yazısı veya yasal temsilcisinin el yazısı ile tüm bu alatılanları, anladığını ve buna binaen tıbbi müdahaleyi onayladığını belirterek, imza altına almalıdır.Bu formlarda, sadece hastanın imzası olmamalıdır, ayrıca tıbbi üdahaleyi yapacak olan hekimin de imzası olmalıdır[170]. Nitekim hastanın bilgilendirilmesinin hangi kapsamda olması gerektiği, Hasta Hakları Yönetmeliğinde şöyle belirtilmektedir:

"Hastaya;

a) Hastalığın muhtemelsebepleri ve nasılseyredeceği,

b) Tıbbimüdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahminisüresi,

c) Diğer tanı ve tedaviseçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindekimuhtemeletkileri,

ç) Muhtemel komplikasyonları,

d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,

---

[169] Yargıtay 13. H.D.'nin 16.01.2014 tarihli E. 2013/17487. K. 2014/794 Sayılı Kararı www.kazancı.com.tr. Erişim Tarihi:20.04.2021.

[170] Halid, Özkan, **Tıp Hukukunda Aydınlatılmış Rıza Formları – Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Etkileri**, VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Kitabı, Adaalet yayınevi, Ankara,2012 s.65.

e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,

f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir"[171].

Sonuç olarak, hekim; hastasını aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde, hastasına uygulayacağı her spesifik tıbbi müdahale için, hastasından aydınlatılmış onam alması gerekecektir, bunu da yazılı hale getirmesi ve bu şekilde hastadan onam alması, hekimi çalışmalarında daha güvenli hale getirecektir.

4.3. TIBBİ MÜDAHALENİN BİLİMSEL VERİLERLE YAPILMASI

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi için, olması gereken şartlardan sonuncusu da tıbbi müdahalenin objektif bilimsel veriler ışığında yapılması ve hasta için bu müdahalenin gerekli olmasıdır. Bu iki şartın da beraberce değelendirilip hastada uygulama bulması gerekecektir.

4.3.1. Tıbbı Müdahalenin Tıbben Gerekli Olması

Hekimler, hastalarının sağlıklı bir yaşama kavuşmalarını sağlamak için, tıbbi müdahalede bulunmaktadırlar. Dolayısıyla, hastaya uygulanacak olan tıbbi müdahalenin, hastanın sağlıklı yaşayabilmesi için hem gerekli, hem de zorunlu olması gerekecektir. Tıbbi müdahalenin, tıbbi gerekliliklerle meşru olabileceği Anayasanın 7. maddesi gereği; *"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"*. Tıbbi müdahalenin kapsamı ve tıbbi müdahaleye onay hakkının, hastaya sınırsız yetkiler vermeyeceği hususu da Hasta Hakları Yönetmeliğinin 12. maddesinde vurgulanmıştır: *"Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedenimukavemetiazaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez"*. Ancak bu durum, tıbbın gelmiş olduğu nokta itibari ile birçok tıbbi

[171] Hasta Hakları Yönetmeliği 15. maddesine bakınız.

müdahale açısından çelişkiler doğurmaktadır. Örneğin estetik veya cinsiyet değişimi ile ilgili yapılacak tıbbi müdahaleler, kişinin isteğiyle olmakta olup ve hatta bazen teşhis ve tedavi anlamında gerekli olmamasına rağmen uygulanmaktadır. İşte tam da bu noktada, mevzuatımızda yer aldığı şekliyle, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu yorumlanırsa, bu müdahalelerin hukukla ilişkisi nasıl ortaya konulacaktır. Aslında bu tür durumlarda; insanın kendi vücudundaki tasarruflarını, yaşam hakkı ve özerklik anlamında değelendirip, hukuka uygun olarak değerlendirmek daha doğru olacaktır. Ayrıca insanın biyopsikososyal bir varlık olduğunu unutmamak gerekir, bu yüzden tıbbi müdahalenin gerekliliğini, sadece fiziksel bütünlükle algılamak yanlış olacaktır. Bu yüzden, kanaatimizcemevzuatmızın da, tıbbi müdahalenin gerekliliği konusundadaha geniş yorumlara imkân vermesi sağlanmalıdır. Buna benzer bir durum da organ nakli hastalarında yaşanmaktadır; örneğin gönüllü organ vericisine yapılan tıbbi müdahale, bu kişi için tıbben gerekli değildir, ancak bu durumun düzenlendiği kanun ve yönetmeliğe uygun olarak günümüzde yapılmaktadır. İşte buna benzer örnek durumlarda tıbben gerekli olma meselesi, farklı bir şekilde yorumlanıp hukuki düzenlemeler yapılmalıdır.

4.3.2.Tıbbi Müdahalenin Objektif Bilimsel Veriler Işığında Yapılması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için, tıbben gerekli olması dışında, bu müdahalenin objektif bilimsel veriler ışığında, özenle yerine getirilmesi gerekir. Hekim, tıbbi müdahalenin gerekliliğini ortaya koyarken, mutlaka bilimsel verilere dayanmalıdır. Bu yüzden, hekimin objektif bilimsel veriler dışına çıkarak, kendi tecrübeleri ile hareket etmesi, hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması olarak yorumlanacak vebu nedenle hekim hukuki sorumluluk altına girecektir. Hekim, hastasına tıbbi müdahale uygularken, tüm dünyada yerleşik olan teşhis ve tedavi seçeneklerini değerlendirmeli ve durumun özelliğine göre karar vermelidir. Hekim-hasta ilişkisinin, vekâlet sözleşmesi şeklinde değerlendirilmesinde de, hekimin hastasının faydasına davranma, yani sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmaması gerekecektir. Aksitakdirde hekim, vekalet sözleşmesine aykırı davranmış olacak ve hukuki sorumluluk altına girecektir.

4.4. TIBBİ MÜDAHALE TÜRLERİ

Hekimler, hastalara uyguladıkları tıbbi müdahaleyi tanı, tedavi, koruyucu sağlık ve diğer özel amaçlarla yapabilmektedir. Çalışmamızda, tıbbi müdahale türlerini, amaçlarına göre tasnifleyerek değerlendirmeler yaptık.

4.4.1. Tanıya Yönelik Tıbbi Müdahaleler

İnsanın; biyolojik, psikolojik ve sosyolojik iyilik haline zarar veren ve hastalık diye adlandırılan kavramın ortaya konulması için kat edilen yol ve yöntemlerintamamınatanıdenilebilir[172]. Sonuçta hekimlerin amacı, insanların biyolojik, psikolojik ve sosyolojik açıdan tam iyilik hallerinin devamını sağlamaktır. İnsanlar, tam iyilik hallerinin bozulmasıyla hastalanacaklardır. Hekimlerin de hastalarına şifa dağıtabilmeleri için mutlaka insanların tam iyilik hallerini bozan patolojinin ne olduğunu net ortaya koymaları gerekecektir. Hekimler, hastalarını tedavi etmeden önce mutlaka hastalığın tanısı bırakacaklardır. Hastalığın isminin tam olarak ortaya konulması sürecinde yapılacak fizik muayene, laboratuvar tetkikleri ve diğer müdahaleler tanıya yönelik müdahalelerdir[173].

4.4.2. Tedaviye Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Hekimler, tanı süreçlerinin sonlanması ile tedavi sürecine başlayacaklardır. Hekimlerin teşhis koydukları hastalığın iyileştirilmesine yönelik, gerçekleştirecekleri tüm tıbbi müdahaleler, tedaviye yönelik tıbbi müdahalelerdir. Ancak bazen, herhangi bir hastalığın teşhisi konulmadan da tedavi süerci başlatılabilecektir. Tedavi sürecini sadece ilaç tedavisi olarak yorumlamak eksik olacaktır, bununla birlikte girişimsel tedavi yöntemlerini de bu süreç içerisinde değerlendirmek gerekir. Bunların dışında bir de semptomatik tedavi dediğimiz ileri evre kanser vb. hastalarında, şikâyetleri geriletmek amacıyla, kullanılan tedavi türleri de mevcuttur.

---

[172] Özlem Yenerer, Çakmut, **Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı**, Cilt 1, İstanbul, 2007, s.5.

[173] Pelin, Çavdar, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, s.745.

4.4.3. Koruma Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Tıbbi müdahaleler, tanı ve tedavi dışında, insanların tam iyilik hallerinin korunması amacı için de kullanılabilir. Koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında, hem insanlara yönelik, hem diğer canlılara ve çevreye yönelik müdahaleler de koruma amaçlı tıbbi müdahaleler diye tanımlanmabilir. Bu tıbbi müdahalelere örnekler verecek olursak; aşılama hizmetleri, sivrisinek bataklıklarının kurutulması, çevre kirliliğine dair müdahaleler, aile planlamasına dair müdahaleleri bu kapsamda değerlendirmek gerekecektir. Koruyucu sağlık hizmetleri ile ortaya konulan tıbbi müdahaleler ile insanların hastalığa yakalanması engellenecek, varolan hastalıklarının ilerlemesi durdurulacak veya erken dönemde bazı hastalıkların tanısının bırakılması sağlanacaktır.

4.4.4. Hukuki İşlemlerin Gerçekleştirilmesi Amacıyla Yapılan Tıbbi Müdahaleler

Tıbbi müdahaleler, teşhis ve tedavi amacının dışında, hukuk mevzuatımızca, yargı makamları tarafından, delil tespiti vbdurumlardayetkilendirilen hekim tarafından yerine getirilebilinir.Bunun dışında hastalar, bazen de trafik kazası, iş kazası gibi durumlarında, tespit amacıyla hekime başvurabilmektedir.Bazen de kişilerin, yeterliliklerinin sorgulanması amacıyla hekimler tarafından uygulanabilinir.Hukuki mevzuat kapsamında, yetkilendirilen hekimin, uyguladığı tıbbi müdahalelere örnek olarak CMK md.74'de ortaya konulan açıklama verilebilir: *"Fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için; uzman hekimin önerisi üzerine, Cumhuriyet savcısının ve müdafiin dinlenmesinden sonra resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilir"*[174].

[174] Ceza Muhakemeleri Kanunu 74. maddesine bakınız.

4.4.5. Özellikli Tıbbi Müdahaleler

Özellik arzeden tıbbi müdahaleler; tıbben yapılmalarının zorunlu olmamaları ve genellikle hastanın kendi talebiyle gerçekleşen ve bazılarında ise yasal dayanağı olan tıbbi müdahale türleridir.

4.4.5.1. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Tıbbi müdahaleler, genel olarak teşhis ve tadavi amacıyla yapılrken, tıpta meydana gelen gelişmelere paralel olarak, estetik amaçlı tıbbi müdahaleler her geçen gün artmaktadır. Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, amaç bakımından kendi içerisinde de ikiye ayrılır: hastalık, travma, yanık veya doğuştan gelen doku ve organlarda işlevsel bozukluklara neden olan vakalarda tedavi amcıyla gerçekleştirilen estetik tıbbi müdahaleler;bir diğer türü ise kişinin kendini mutlu etme motivasyonuyla vücudunun herhangi bir bölgesinde estetik amaçlı, şekil değişikliklerine yönelik yapılan estetik amaçlı tıbbi müdahalelerdir.[175] Estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri, tedavi amacıyla yapılan tıbbi müdahalaleler dışında görmek, kanımızca sağlığın tanımına uygun olmayacaktır. Nitekim DSÖ, sağlığı;*"insanın biyolojik, psikolojik, sosyolojik açıdan tam iyilik halinde olması"* şeklinde tanımlar. Dolayısıyla, insanın psikolojik açıdan daha sağlıklı olmasını sağlayan, sırf estetik amaçlı yapılan tıbbi müdahaleleri de, tedavi amacıyla yapılan tıbbi müdahale olarak görmek yerinde olacaktır. Nitekim sırf estetik amaçlı yapılan tıbbi müdahalelerde, hasta hekim ilişkisinin boyutu tartışmalı hale gelmektedir. Kimi hukukçulara göre, estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, sırf estetik kaygısıyla yapılıyorsa, eser sözleşmesi olarakdeğerlendilmelidir. Bu yoruma benzer bir değerlendirme de Yargıtay tarafından yapılmıştır: Yargıtay 15. Hukuk dairesi bir kararında davacının;*"Kepçe kulak diye tabir edilen kulağın, görünümündeki normal dışı büyüklüğün giderilip, kulak ve yüze güzel bir görünüm kazandırılması işlemi estetik bir işlem olduğu ve sonuç olarak tedavi değil, güzelleşme amaçlandığından tarafların arasındaki ilişki Borçlar Kanunu 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi*

[175] Atilla, Arıncı; Sevgi, Usta, "Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi", **Turk J PlastSurg** 2017; 25(2), s.85.

ilişkisidir.''[176] Ancak yargıtayın bu kararında ve böyle düşünen hukukçuların kaçırdığı en önemli nokta; insan sırf biyolojik yapıdan oluşmadığıdır. İnsan, kendisinde varolan bir estetik kusurun giderilmemesinin yarattığı psikolojik durum ile de hasta konumuna gelebilir. Dolayısıyla insan biyolojik, psikolojik ve sosyolojik boyutuyla değerlendirilmeli ve bu boyutlardan birinin, iyilik halini bozacak her türlü durumu hastalık olarak yorumlamak daha doğru olacaktır. Bu yüzden sırf estetik amaçlı yapılan tıbbi müdahalelerdeki hasta hekim ilişkisini, vekâlet sözleşmesi şeklinde yorumlamak hastalıkla ilgili yapılan değerlendirmelere daha uygun olacaktır.

4.4.5.2. Organ ve Doku Nakilleri

Organ ve doku nakilleri homolog, otolog ve hetereolog nakiller olarak sınıflandırılır. Hetereolog organ ve doku nakilleri; hayvandan insanlara yapılan organ ve doku nakillerini kapsar. Otolog organ ve doku nakilleri; kişinin kendi vücudunun bir parçasının yine aynı kişinin vücudunun bir başka yerine nakil edilmesi olarak tanımlanır. Homolog organ ve doku nakli ise iki farklı insan arasında yapılan organ ve doku transferi şeklinde açıklanır. Otolog doku ve organ naklini tedavi amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler şeklinde değerlendirmek doğru olacaktır.Çünküotolog organ veya doku nakilleri, kişinin kendi iradesiyle ve tıbbi gereklilikler yüzünden yapılan tıbbi müdahalelerdir. Dolayısıyla otolog organ ve doku nakilleri ile ilgili yapılacak hukuki değerlendirmeler, diğer tedavi amacıyla yapılan tıbbi müdahalelerden farklı olmamalıdır.

Tıbbi müdahalenin, hukuka uygun olmasının şartlarından birisi de müdahalenin tıbbi olarak gerekli olmasıdır. Ancak bu durum; homolog organ ve doku nakillerinde mevcut değildir, Homolog organ ve doku nakilişemlerinde iki hasta grubu vardır; sağlıklı olmayan ve organ ve doku nakline ihtiyacı olan alıcı kişiler ile sağlığı yerinde olan verici kişiler. Bu tür nakiller içinasıl sorulması gereken soru, homolog organ ve doku nakli sırasında, verici kişinin sadece rızasının olması,

[176]Yargıtay15.HukukDairesiE.2017/2286,K.2017/3847,https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/825855/yargitay-15-hukuk-dairesi-e-2017-2286-k-2017-3847/?v=list&aranan=i%FE%20s%F6zle%FEmesi, Erişim Tarihi:14.07.2021.

yapılacak tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirir mi? Çünkü klasik olarak tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlayan şartlardan birisi, tıbben gerekli olma unsurudur. Bu çelişkinin giderilmesi amacıyla, spesifik olarak organ ve doku nakillerini düzenleme altına alan, kanun ve yönetmelik düzenlenme ihtiyacı doğmuştur. Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması Ve Nakli Hakkında Kanunun kapsamı belirtilirken, homolog olarak yapılacak trasferlerin, bu kanun kapsamında olduğu,otologtrasferin ise bu kanun kapsamında olmadığı yer almaktadır;

"Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. Oto -grefler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, (...) (1) yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir"[177].

ODASANHK'da, homolog organ transferi ile ilgili değerlendirmeler yapılırken, bu nakil türü; ölülerden ve canlılardan organ ve doku almak diye ikiye ayrılmıştır.

4.4.5.2.1. Ölüden organ ve doku alınması

Homolog organ naklinde, vericinin bir ölü olduğu durumlarda, canlılardan yapılan organ ve doku naklinden farklı olarak bir yaş sınırlamasına gidilmemiştir. Canlılarda organ ve doku nakline kanunla sınırlama getirilmiştir: *"Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır"*[178]Ölüden organ ve doku alınırken en önemli konu, ölümün saptanması ve vaktinin ortaya konulmasıdır. Ölüm anının bilimsel olarak ortaya konulması gerekliliği, ODASANHK'da şöyle belirtilmektedir;

"Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyolji ve reanimasyon veya yoğun bakım

[177] Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması Ve Nakli Hakkında Kanunun 2. maddesine bakınız.https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf, ErişimTarihi:25.04.2021.

[178] Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması Ve Nakli Hakkında Kanunun 5. maddesine bakınız.

uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir"[179]*:*

Kanunda bahsedilen tıbbi ölümün kriterleri ise Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinde ayrıntılı bir şekilde anlatılmaktadır. Sonuç olarak, ölüden organ ve doku alınabilmesi için öncelikle tıbbi ölümün gerçekleşmesi ve bunun da hekimler tarafından saptanması gerekir. Ancak hekimlerin tıbbi ölümü saptamaları da resmi olarak tutanak altına alınmalıdır:

"11 inci maddeye göre ölüm halini saptayan hekimlerin ölüm tarihini, saatini ve ölüm halinin nasıl saptandığını gösteren ve imzalarını taşıyan bir tutanak düzenleyip, organ ve dokunun alındığı sağlık kurumuna vermek zorundadırlar. Bu tutanak ve ekleri ilgili sağlık kurumunda on yıl süre ile saklanır" Ancak kanunda da belirtildiği üzere tıbbi ölüm kararında hekimlerin mutlaka oy birliği aranır. Ayrıca yine aynı kanunda belirtildiği üzere bu organ nakli sürecinde aktif yer alacak hekimlerin tıbbi ölüm saptanmasında yer almamalıdırlar:" Madde 12 – Alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaktır"[180]

Tıbbi ölümün belirlenmesinden sonra, bir diğer önemli konu da, tıbbi ölüm saatinin belirlenmesi olacaktır. Çünkü tıbbi ölümü gerçekleşen kişinin, daha sonra gerçekleşecek hukuki sorunsallarında, tıbbi ölüm saati önemli olacaktır. Karşılaşılacak önemli sorunlardan biri de, miras hukuku bağlamında tıbbi ölümüm saati olacaktır. Ölüm saatinin, hukusal boyutta önemli olması nedeni ile bu durumun mutlaka başka heyetlerce de denetlenmesi gerekmektedir. Bu denetlenme usulü, Organ Ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinde şu şekilde yer almaktadır:

"Ulusal Koordinasyon Sistemi içindeki birimler arasında koordinasyonu, organ ve doku kaynağı merkezlerinde görev yapacak olan organ ve doku nakli

[179] Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması Ve Nakli Hakkında Kanunun 11. maddesine bakınız.

[180] Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması Ve Nakli Hakkında Kanunun 13. maddesine bakınız.

koordinatörleri sağlar. Organ ve doku nakli koordinatörleri beyin ölümü tutanağının EK-1'de yer alan beyin ölümü kriterlerine göre ve kurallara uygun biçimde düzenlenip düzenlenmediğinin kontrolünden, Kanuna göre gerekiyorsa verici adayının ailesinden organ ve doku bağışı için izin alınmasından ve alınan organ ve dokunun ilgili merkeze naklinden sorumludur"[181].

Ölüden organ ve doku alınırken, bir diğer önemli konu da, kişinin ölmeden önce organlarının alınmasına muafakat gösterip göstermediğidir. Kişi birey olarak kendi özerkliği ve yaşam bütünlüğü kapsamında, geleceğiyle ilgili olarak her türlü kararı alabilecektir. Ancak bazı durumlarda, kişi ölmeden önce organ ve dokualınmasına muafakatgöstermese bile, yakınlarının göstermesi üzerine de bu işlemin yapılabilceği ODASANHK 14.Maddesinde çok açık bir şekilde belirtilmektedir:

"Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir".

Ancak ölü kişi, daha ölmeden önce kendisinden organ ve doku alınamayacağını belirtmişsse, bu kişiden yakınları izin verse dahi, organ ve doku alınamayacaktır: *"Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz"*[182].

Ölüden organ ve doku alınması işleminde, rıza işlemine dair yukarıda belirttiğimiz şartların iki istisnası vardır; bunlardan ilki, büyük kazalar veya doğal afetler sonucu, vücudunun büyük zarar görmesi sonucunda, rıza onayına gerek

[181]Organ Ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği 14. maddesine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=15860&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişimtarihi :26.04.2021.

[182]Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması Ve Nakli Hakkında Kanunu 14. maddesine bakınız.

kalmayacaktır. Bu durumun hangi şartlarda ve nasıl olacağı da ODASANHK 14. Maddesinde aşağıdaki gibi vurgulanmıştır:

"Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir".

Ölüden organ veya doku alınması ile ilgili olarak rızanın aranmadığı bir diğer unsur; ölmüş kişinin, canlı iken kendi vücudunda bilimsel araştırmalara izin vermesi ya da bu kişinin cenazesine kimsenin sahiplenilmediği durumlardır. ODASANHK 14. maddesinde bu durum şöyle anlatılmıştır:

"Ayrıca vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ölü muayenesi veya otopsi işlemi tamamlanmış cesetler aksine bir vesiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususu dahil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Tıp eğitimi için gerekli olan kadavranın yurt içinden yeteri kadar temin edilememesi hâlinde, kadavra veya kadavra parçası, soykırım ve insanlığa karşı işlenmiş suçlar yoluyla ölmüş kimselerden temin edilmemiş olması kaydı ile yurt dışından temin edilebilir. Kadavra veya kadavra parçası temini ile yurt dışından kadavra temin edecek kişi veya kuruluşların yetkilendirilmesine dair usul ve esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir".

Ölülerden organ ve doku alınması ile ilgili olarak son olarak belirtilmesi gereken husus, alınan organ ve dokunun nasıl dağıtılacağı meselesidir. bu meselenin ana hatlarını ulusal organ ve doku nakli koordinasyon sistemi yönergesi şöyle tanımlar: *"organ ve doku dağıtımı kanun ve yönetmelik çerçevesinde, bilimsel kurallara, tıbbî-etik anlayışa uygun ve adaletli bir şekilde gerçekleştirilir."*[183]. Ölülerden organ ve doku naklinde, ölünün veya yakınlarının istedikleri kişiye organ ve doku nakli yapması, kanun ve yönetmelikle imkansız hale getirilmekle beraber şartlı ve öncelikli organ ve doku nakline şu şekilde izin vermiştir:

"*Tercihli bağış: beyin ölümü tanısı konulmuş vericinin, ulusal koordinasyon sistemine en az bir organının bağışlanması halinde, ölenin bekleme listesinde kayıtlı olan eşi ile dördüncü dereceye kadar olan (dördüncü derece dahil) kan ve kayın hısmına bir başka organı için yaptığı bağış türünü.. Aile puanı sistemi: beyin ölümü tanısı almış ve ulusal koordinasyon sistemine organ bağışında bulunmuş kişinin bekleme listesindeki eşi ile ikinci dereceye kadar olan (ikinci derece dahil) kan hısımlarına verilen ek puanı,.."*[184]

4.4.5.2.2. Canlılardan Organ ve Doku Alınması

Ölülerden organ ve doku naklinde alıcı, belirli iken canlılardan yapılacak nakillerde ise, alıcı belli değildir. Ayrıca ölülerden organ ve doku nakli ile ilgili olarak organ ve dokunun dağıtım şartları sıkı bir şekilde kanun ve yönetmelikte düzenleme altına alınmasına rağmen, canlılarda nakil dağıtım işlemleri, sıkı şekil şartına bağlanmamıştır. Canlılarda organ ve doku nakli vericisi olabilmek için aranan ilk şart, vericinin bu konudaki ehliyetidir. Bu durum, *"Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır"*[185]şeklinde açıklanmıştır. Ayrıca yine aynı kanunda, bu iznin nasıl olacağı hususu da yer almaktadır; *"Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak*

---

[183] Ulusal Organ Ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi 5. Maddesine bakınız. https://www.saglik.gov.tr/TR,11250/ulusal-organ-ve-doku-nakli-koordinasyon-sistemi-yonergesi.html, Erişim Tarihi:27.04.021.

[184] Organ Ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği 4. maddesine bakınız.

[185] Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması Ve Nakli Hakkında Kanunu 5. maddesine bakınız.

olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur"

Canlılardan organ ve doku nakli yapmadan önce, mutlaka alıcı ve vericinin bilimsel olarak, tüm tahlilleri yapılıp, uygun heyetlerce, nakile uygunluğu ortaya koyulmalıdır. Canlılardan organ veya doku alınırken yapılması gerekenler; ODASANHK' da;*"Organ ve doku alınması, aşılanması ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunludur"* [186] şeklinde yer alarak zorunluluk şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca yine aynı kanunda, verici kişinin, hayatını tehlikeye atacak şekilde organ ve doku nakili yapılamayacağı yer almaktadır. Canlıdan organ ve doku alınıp verilecek kişinin belirlenmesi hususunda, Organ Ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinde çapraz nakil dediğimiz hısımlar dışında da, canlıdan nakil işlemlerinin yapılacağına dair düzenlemeler vardır. Bu yönetmelikte, Çapraz nakil,*"Canlı uygunsuz vericisi olan ve bekleme listesinde bulunan hastalar arasında verici değiştirmek suretiyle yapılan nakil türünü"*[187]tanımlamaktadır.Yine yönetmeliğin bir başka maddesinde *"Akraba dışı canlıdan organ nakli, naklin yapılacağı ilde oluşturulacak Etik Komisyonun verici ile alıcı arasında, bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata aykırı herhangi bir hususun bulunmadığını ve etik açıdan organ bağışının uygunluğunu onaylaması ile gerçekleştirilecek akraba dışı kişilerden yapılır. Akraba dışı canlıdan organ nakli için"*[188]*;* çapraz naklin nasıl yapıcağı hususu bu şekilde yer almaktadır.

4.4.5.3. Gebelik Sonlandırılması

Hukukumuzda gebelik sonlandırılması, isteğe bağlı ve zorunlu olarak yapılacak olanlar olmak üzere iki sınıfa ayrılmıştır. Bu konuyla ilgili olan 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu 5. maddesi; *"Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir"* Bu durumun istisnası olan, onuncu haftadan sonraki

[186] Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması Ve Nakli Hakkında Kanunu 9. maddesine bakınız.

[187] Organ Ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği 4. maddesine bakınız.

[188] Organ Ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği 16. maddesine bakınız.

gebeliklerin, nasıl sonlanacağı ise sıkı şekil şartına bağlanmıştır. Buna göre; *"Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir"* [189].

İsteğe bağlı gebelik sonlandırılması dışında, yapılabilecek bir diğer gebelik sonlandırması da; annenin acil ve hayatını tehlikeye atacak durumlardır. Bu tür durumlarda, annenin hayatını kurtarmak adına, yapılabilecek girişimi, Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu şu şekilde düzenlemiştir: *"Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur"*[190].

4.4.5.4. Sterilizasyon ve Kastrasyon

Sterilizasyon; erkekte sperm üretme yeteneğinin yok edilmesi, kadınlarda ise yumurtanın üretme yeteneğinin ortadan kaldırılırak, gebelik oluşmasının önüne geçilmesi maksadıyla yapılan tıbbi bir müdahaledir. Sterilizasyon işleminin, üreme yeteneğinin kaybolması üzerine etkisi vardır, bunun dışında libido ve cinsel yaşam üzerine etkisi yoktur. Ancak kastrasyon işlemi, cinsel salgı bezlerinin çıkarılması ya da tahrip edilmesiyle üreme yeteneğinin bozulması ile beraber libido ve cinsel isteğin hormonal yollarla yok edilmesi ile sonuçlanan bir tıbbi müdahaledir.

Sterilizasyon ile ilgili düzenleme Nüfus Planlaması Hakkında Kanun 4. Maddesinde yapılmış olup şöyle; *"Sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma*

[189]Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu 5. maddesine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2827.pdf, Erişim Tarihi:26.04.2021.

[190]Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu 5. maddesine bakınız.

kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir. Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır."[191]Sterilizasyonunpratiktenasıl yapılması gerektiği ise, Rahim Tahliyesi Ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzükte şu şekilde yer almakatadır:

"Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmaması koşuluyla ve reşit kişinin isteği üzerine yapılır.

Kadınlara sterilizasyon ameliyatı, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrrahi uzmanlarınca yapılır. Erkeklere sterilizasyon ameliyatı, üroloji, kadın hastalıkları ve doğum yada genel cerrahi uzmanlarıyla bu konuda Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlerce yapılır.

Kadınlara sterilizasyonun yapılacağı yerler ve buralarda bulunması gereken koşullar:

Kadınlara sterilizasyon ameliyatı, yalnızca, resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. Buralarda, Tüzük'e ekli (4) sayılı listede yer alan araç, gereç ve personelin bulunması zorunludur.

Erkeklere sterilizasyonun yapılacağı yerler ve buralarda bulunması gereken koşullar:

Erkeklere sterilizasyon ameliyatını, uzman hekimler, mesleklerini uyguladıkları yerlerde, pratisyen hekimlerse, resmi tedavi kurumlarında yaparlar. Buralarda, Tüzük'e ekli (5) sayılı listede yer alan araç ve gereçlerin bulunması zorunludur"[192].

Sterilizasyonun isteğe bağlı olarak, nasıl yapılacağına dair hukuki mevzuattta değerlendirmeler olmasına karşın, kastrasyon için ise sadece başka bir operasyon

[191] Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu 4. maddesine bakınız.

[192]Rahim Tahliyesi Ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi Ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğünün 10.,11.,12. maddelerine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.5.837395.pdf, Erişim Tarihi:26.04.2021.

anında, acil bir durum gelişirse veya tıbbi zorunluluk hallerinde yapılabileceği yer almaktadır. Kastarasyonun acil durumlarda, nasıl uygulanacağı Nüfus Planlaması Hakkında Kanununda *"Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir"*[193]şeklinde yer almaktadır.

Sonuç olarak, sterlizasyon ve kastrasyon işlemi tıbbi amaçlı yapılırsa, özellik arz etmeyen diğer tıbbi müdahaleler gibi yorumlanmalıdır. Ancak sterilizasyon, özel şekil şartlarına bağlanmıştır. Kastrasyon ise sadece acil operasyon anında yapılabilcek tıbbi müdahaleler olarak yapılabilir. Hukuk mevzuatımızda,kastarasyon ile ilgili net bir şekilde değerlendirme yoktur. Ancak kastarasyon hakkında ülkemizde çok yoğun tartışmalar yaşanmaktadır. Kastarasyon işleminin, insan haklarına aykırı olacağı yönünde çok sayıda görüş mevcuttur.

4.4.5.5. Cinsiyet Değişikliklerine Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Cinsiyet değişikliğine dair yapılan tıbbi müdahaleler, özellikli tıbbi müdahalelerdir. Bu müdahaleler, hermafrodit ve transseksüel hastalara yaklaşım şeklinde iki farklı şekilde olur. Hemafrodit kişiler, biyolojik açıdan, dış genital organları ile iç genital organları uyumlu hale getirmek için ve tamamen biyolojik endikasyonla yapılan tıbbi müdahalelerdir. Ancak transseksüel bireylerin, genital organlarına yönelik yapılantıbbi müdahale, psikolojik endikasyonla olmaktadır. Transseksüel bireylere, cinsiyet değiştirme amaçlı uygulanacak tıbbi müdahalede, iç genital organ ve dış genital organ uyumu sağlanma amacı yoktur.[194]Transseksüel bireylerde, cinsiyet değiştirme için uygulanacak tıbbi müdahale ilgili düzenleme Türk Medeni Kanunnun 40. maddesinde yer almaktadır:

"Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli

[193] Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 4. maddesine bakınız.

[194] Şenol, Turan; Cana, Aksoy Poyraz; Ezgi, İNCE; Ayşe, Sakallı Kani;Hacı Murat, EMÜL; Alaattin, DURAN, "Cinsiyet Değiştirme Ameliyatı İçin Psikiyatri Kliniğine Başvuran Transseksüel Bireylerin Sosyodemografik ve Klinik Özellikleri" ,**Türk Psikiyatri Derneği Dergisi** 2015;26;3, s. 154.

olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu (...) bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.

Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir".

4.4.5.6. Üremeye yardımcı olmak için yapılan tıbbi müdahaleler

İnsanların, doğal yollarla çocuk sahibi olamamaları nedeni ile çocuk sahibi olmak için başvurdukları yöntemlerdir. Ülkemizde bu amaçla, ortaya koyulan hukuki mevzuat, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliktir. Bu yönetmeliğin amacı;*"Bu Yönetmeliğin amacı; çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden, tıbben uygun görülenlerin üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk sahibi olmaları için yapılacak uygulamanın esaslarını, bu uygulamayı yapacak merkezlerin açılması, çalışması ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemekti"*[195]şeklinde belirtilmiştir.

Üremeye yardımcı olan metodların, çok farklı yolları mevcuttur, ancak tümünün ana gayesi, çocukları olamayan insanların, çocuklarının olmasını sağlamaktır. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik de üreme yardımcı tekniklerini şöyle tanımlar: *"Anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabuledilen uygulamaları, ifade eder"*[196]. Üreme yardımcı teknikler, insanların çocuk sahibi olması için gerekli tüm cerrahi ve medikal müdahaleleri kapsamaktadır. Üremeye yardımcı tekniklerle, çocuk

[195] Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğininmaddesinebakınız.ttps://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=20085&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi:28.04.2021.

[196] Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik 4. maddesine bakınız.

olabilmenin şartları, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelikde şu şekilde yer almaktadır:

"-Çiftlerin çocuk sahibi olamamaları

-İşlemin uygulanacağı kişiler evli olmalı

-İşlem uygulanırken evli olan anne ve babadan sperm ve yumurta alınması gerekir. Dışarıdan başka kişilerde üreme hücresi tranferi yasaklanmıştır.

-İşlem yhapmadan önce hastanın nitelikli bir şekilde aydınlatılıp muafakatının alınması gerkmeketedir.

-Üremeye yardımcı tekniklerle üremenin sağlanması işlemini ilgili uzmanlık alanları ile ortaklaşa yütrütmek.(Kadın doğum uzmanı, üroloji uzmanı vb.)"

Doğal şartlar altında dünyaya gelen çocuğun, hak ehliyeti tanımını Medeni Kanun *"Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder"* şeklinde ortaya koymuştur. Üremeye yardımcı tekniklerle dünyaya gelmiş çocuklar için hak ehliyetideğerlendirmesininnasıl olacağı tartışmaları yaşanmaktadır.[197] Ancak kanımızca, Medeni Kanundaki açıklama çok açık; embriyo, laboratuvar ortamında oluşsa bile, bu embriyo, anne karnına yerleştirilmeyene kadar hak ehliyeti doğmayacaktır. Çünkü üremeye yardımcı tekniklerinde, birden fazla embriyo oluşturulabilmekte, ancak bu embriyolardan bir veya birden fazlası, anne rahmine yerleştirilir. Bu yüzden hangi embriyo yerleştirileceği belli olmadan, hak ehliyetini tanımak doğru olmayacaktır. Nitekim Medeni Kanunda yapılan tanımlamaya göre hak ehliyetinin olabilmesi için embriyonunun anne rahminde olması gerekir.

Üremeye yardımcı tekniklerle embriyo oluşturulmasında, en önemli konulardan biri de, embriyo üzerinde araştırılma yapılıp yapılamayacağı veya araştırma amaçlı embriyo oluşturulup oluşturulmayacağı sorularıdır. Bu durum ülkemizin de kabul ettiği Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinde şu şekilde yasaklanmıştır: *"Sadece*

[197] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.304.

araştırma amaçlarıyla insan embriyonlarının yaratılması yasaktır"[198]. Bu ifade ile sırf araştırma amaçlı, embriyo üretilemeyeceği anlaşılmaktadır, ancak üreme amaçlı üretilen embriyolarda, bununla ilişkili olarak araştırma yapılabilir şeklinde anlaşılır. Bu durum, ülkemizde Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğinin, embriyolara üreme dışında herhangi bir müdahale sürecine girilemeyeceği şeklindeki değerlendirmesi yer almaktadır.

Üremeye yardımcı teknikleri ile çocuk yapabilme hususunda erkeklerde ve kadınlarda, bazı zorunlu hallerde, dondurma işlemi yapılıp, daha sonra bu hücreler, üreme amaçlı kullanılabilecektir. Bu durum ile ilgili zorunluluk halleri Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelikte şöyle yer alır:

"*Erkekler için :*

a) Cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi halinde,

b) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde,

c) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlar (testislerin alınması ve benzeri) öncesinde,

ç) Çok az sayıda sperm olması (kriptozoospermi) durumunda

Kadınlar için:

a) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde,

b) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlar (yumurtalıkların alınması gibi operasyonlar) öncesinde,

---

[198] Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları Ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin 18. maddesine bakınız.

c) Düşük over rezervi olup henüz doğurmamış veya aile öyküsünde erken menopoz hikâyesinin üç uzman tabipten oluşan sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi durumunda"[199].

4.4.5.7. Araştırma ve Deneme Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

İnsanlara uygulanan her bir tıbbi müdahale, geçmişten bugüne yapılan araştırmalar sonucunda, standardize edilip uygulanmıştır. Bu yüzden, hekimlerin bilimsel araştırma ve denemeler yapması, insan sağlığı açısından çok önemli olacaktır. İnsanlar üzerinde yapılacak araştırma ve denemelerle ilgili düzenlemenin yer aldığıTıbbi Deontoloji Nizamnamesinde,deneme amaçlı tıbbi müdahalelerin yasaklanmıştır. Düzenlemeye göre,

"Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla, kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez"[200].

Bu düzenlemeye karşın, İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliği ile deneme amaçlı çalışmaların yapılabileceği ortaya konulmuştur. İki hukuki mevzuat arasında ortaya çıkan çelişki, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ile yapılacak araştırmaların şartları da çok açık ortaya koyularak giderilmiştir;

"Herhangi bir tedavi yöntemi veya araçlarının veyahut ruhsat veya izin alınmış olsa dahi ilaç ve terkiplerinin, tıbbi ve biyolojik ürünler, bitkisel ürünler, kozmetik ürünler ve hammaddeleri ile tıbbi cihazların bilimsel araştırma amacıyla insanlar üzerinde kullanılabilmesi için Sağlık Bakanlığı veya bağlı kuruluşlarından izin alınmasının yanında;

a) Araştırmanın, öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,

---

[199] Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğinin 20. maddesine bakınız.

[200] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 11. maddesine bakınız.

b) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

c) Araştırmanın, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,

ç) Araştırma sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,

d) Araştırmayla varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,

e) Üzerinde araştırma yapılacak ilgilinin, araştırmanın mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı rızasının olması ve bu rızanın herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması,

f) Yapılacak araştırmayı ilgili etik kurulun uygun görmesi, şarttır"[201].

Araştırma ve deneme amaçlı tıbbi müdahalelerin, hukuka uygun bulan diğer hukuki mevzuatlar ise Türk Ceza Kanunu, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi ve Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliktir. Türk Ceza Kanununda araştırma ve deneme amaçlı yapılacak tıbbi müdahalelerin, hangi şartlar altında cezai müeyyidesinin olmayacağı, yetişkinler ve çocuklar için olması gereken şartları, ayrı ayrı olarak ortaya koymaktadır:

"İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için;

a) Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması,

[201]Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek madde 10' a bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3359.pdf, Erişim Tarihi:01.05.2021.

b) Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,

c) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

d) Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,

e) Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,

f) Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,

g) Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması, gerekir.

-Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada aranan koşulların yanı sıra;

a) Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

b) Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,

c) Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması,

Gerekir"[202].

[202]Türk Ceza Kanunu 90. maddesine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf, Erişim Tarihi:01.05.2021.

Bilimsel amaçlı araştırmaların yapılmasının, hukuka uygunluğunu ortaya koyan bir diğer değerlendirme de, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları veİnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesidir: Sözlemeye göre, *"Biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırma, bu Sözleşme hükümlerine ve insan varlığının korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak kaydıyla, serbestçe yapılabilir"*[203].TCK'da olduğu gibi, bu sözleşmede de çocuk ve erişkinlerde ayrıntılı olarak bilimsel araştırma yapabilmenin şartları aşağıda verildiği şekilde ayrı ayrı ortaya koyulmuştur:

"-Bir kimse üzerinde araştırma, ancak aşağıdaki şartların tümünün yerine getirilmesi halinde yapılabilir:

i) insanlar üzerindeki araştırmayla karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir seçeneğin bulunmaması;

ii) araştırmaya konu olan şahsın maruz kalabileceği tehlikelerin, araştırmanın beklenen yararlarıyla oransız olmaması;

iii) araştırma projesinin bilimsel değerinin, araştırma amacının öneminin değerlendirilmesi ve etik bakımdan kabul edilebilirliğinin çok disiplinli bir gözden geçirmeye tâbi tutulması dahil, yetkili bir kurum tarafından bağımsız bir şekilde incelenmeden sonra onaylanmış olması;

iv) üzerinde araştırma yapılan kişilerin, korunmaları için kanun tarafından öngörülen hakları ve güvenceleri hakkında bilgilendirilmiş olmaları;

v) 5. Maddede öngörülmüş bulunan muvafakatin açıkça ve belirli bir şekilde verilmiş olması ve bunun belgelendirilmiş bulunması. Bu muvafakat her zaman serbestçe geri alınabilir.

-Araştırmaya muvafakat etme yeteneği olmayan kişilerin korunması

[203] Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları Veİnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin 15. maddesine bakınız.

1. 5. Maddede belirtildiği şekilde muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde araştırma ancak, aşağıdaki şartların tümünün yerine getirilmesi halinde yapılabilir:

i) Madde 16 alt paragraf (i)'den (v)'e kadar olan şartların gerçekleşmiş olması;

ii) araştırmanın sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması;

iii) muvafakat etme yeteneği bulunan bireyler üzerinde karşılaştırılabilir nitelikte bir etkinlik doğuracak bir araştırmanın yapılamaması;

iv) Madde 6'da öngörülen gerekli iznin belirli ve yazılı olarak verilmiş bulunması ve

v) ilgili kişinin itirazda bulunmaması".[204]

Sonuç olarak, insanların sağlığını korumayı amaçlayan bilimsel amaçlı deneme ve araştırmalara izin verilmelidir. Ancak verilecek bu izinlerin de, sıkı şekil ve esas şartları olmalıdır. Nitekim sıkı şekil ve esasa bağlanmayan bilimsel araştırmalar, birçok etik ve ahlak dışı yöntemlere de sapabilecektir. Nitekim bu durum hem ülkemizde ve hem de uluslararasıboyutuyla değerlendirilmiş ve bu konu hakkında birçok hukuki düzenleme ile sınırlamalar getirilmiştir.

4.5. HATALI TIBBİ MÜDAHALELER

Son yıllarda, tıbbi uygulama hataları ile ilgili olarak açılan ceza ve hukuk davalarında ciddi artış izlenmektedir. Tıbbi uygulama hataları iddiası ile açılandavaların artması, bu konu ile ilgili olarak yoğun tartışmaların yaşanmasına neden olmuştur. Buna karşın tıbbı uygulama hatalarının azaltılması için çözüm önerilerinin yoğunlaştığı dinamik bir sürece girmekteyiz. Ayrıca tıbbi uygulama hataları ile ilgili olarak artan davalar, sağlık çalışanları üzerinde bir baskı yaratmış, bu baskı da tıbbi müdahalelerin uygulanmasına yansımıştır.

[204]Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları Veİnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin 16. maddesine bakınız.

4.5.1. Tıbbi Standart

Ülkemizde ve Dünyada tıbbi uygulama hataları kapsamında tartışılan konu, tıbbi müdahalenin standardizasyonunun ne anlama geldiğidir. Tıbbi standart; hekimin, hastasını tedavi ederken, daha önce doğruluğu bilimsel olarak ortaya konmuş ve bir çok tecrübe ile başarı elde edilmiş, bilimsel gerçekliklerdir. Bir başka ifade ile tıbbi standart, tüm tıp aleminin üzerinde konsensüs sağladığı ve uygulamaya geçtiği temel kurallardır. Öyle ki Dünyanın herhangi bir yerinde, aynı hastalık ve aynı hasta grubu ile karşı karşıya gelen bir hekimin, tedavi ve teşhis anlamında uygulayacağı tıbbi müdahale algoritması aynı olacaktır. Ancak gelişen teknoloji, tıpta yaşanan ilerlemeler tıbbi standardın ortaya çıkmasını da zorlaştırmaktadır. Bununla beraber tıbbi müdahale süreci, dinamik bir süreçtir. Bu yüzden, hekimin başarısını, hastalık ilekarşılaştığı zaman bilgi ve tecrübesi belirleyecektir. Hekim tıbbistandartı ortaya koyarken, mutlaka mevcut durumu değerlendirmeli ve bilimin gereklerine göre yapacağı tıbbi müdahaleyi belirlemelidir. Yargı kararlarında da tıbbi standart ortaya konulurken, mutlaka fiziki şartlar, hekimin uzmanlık alanı, hastanın ve hastalığın o anki mevcut durumu hep birlikte değerlendirlmesi gerektiği ortaya konulmaktadır. Hekimin her tıbbi standarttan sapmasını, tıbbi müdahale hatası olarak görmek, hekimin teşhis ve tedavi için vereceği kararları zedeleyecektir. Bu konuda önemli olan şey, hekimin bilimsel olarak, tamamen olumsuzluğu ortaya koyulmuş tıbbi müdahalelerden kaçınmasıdır. Bunun dışında yapılacak her tıbbi müdahale, kendi özelinde ve reel durumu dedğerlendirerek, hekimin vereceği bilimsel kararlarla vücut bulacaktır.

Tıbbi müdahalenin her aşamasında, olması gereken aydınlatılmış onam, hekimin hastaya özgü vereceği standarttan sapma kararlarında da olmalıdır. Hatta buradaki aydınlatılmış onamın derecesi, daha kuvvetli olmalıdır. Ancak hastanın faydası için aydınlatılmış onama sahip tıbbi standarttan sapılmış, tıbbi müdahalelerde hukuki sorumluluk belirlenirken, oluşmuş bir zarar olup olmadığı ile sıkı ilişkidedir. Eğer hekim bu uygulaması ile hastayı başarılı bir şekilde tedavi etmiş ise hukuki ve cezai sorumluluğu da olmayacaktır.

Tıbbi standart kavramı da hekimlerin, hastaya özgü yapacakları girişim tecrübelerinden ortaya çıkacaktır. Eğer bu tecrübelerin ortaya çıkmasını, tıbbi

standarttan çıkmama refleksi ile engellersek, bilimsel gelişmelerin de önüne geçmiş olacağız. Bilim, dinamik bir süreçtir, her geçen gün yeni tıbbi müdahale türleri ortaya çıkacaktır. Ancak bilimsel gelişmeler, hastanın menfaatine olmalı ve bilimin genel kurallarından sapmadan meydana gelmelidir. Öyle kiBiyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları VeİnsanHaysiyetinin Korunması Sözleşmesinde de bilimsel araştırmaların gerekliliği şe şekilde vurgulanmıştır:

"Biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırma, bu Sözleşme hükümlerine ve insan varlığının korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak kaydıyla, serbestçe yapılabilir".[205]

Ayrıca aynı sözleşmede mesleki standartların oluşması gerekliliği ortaya koyulmuştur:

"Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahelenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir"[206].

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesindehekimin tıbbi müdahaleyi uygularken tıbbi standartlara dikkat etmesi gerektiği aksi takdirde hukuki sorumluluk altına gireceği ifade edilmektedir:

"Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.

Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır"[207].

Hasta hakları yönetmeliğinde de hastaya, tıbbı standartlar dahilinde yapılacak olan tıbbi müdahalelere izin verilebilceği yer almaktadır:

---

[205] Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları VeİnsanHaysiyetinin Korunması Sözleşmesinin 15. maddesine bakınız.

[206] Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları VeİnsanHaysiyetinin Korunması Sözleşmesinin 4. maddesine bakınız.

[207] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesiin 13. maddesine bakınız.

"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"[208].

Sonuç olarak, hekim, herhangi bir tıbbi müdahaleyi uygularken, mevcut duruma özgü olarak, bilimsel gerçekliği ortaya konulmuş tıbbi standartlar dahilinde hareket etmelidir. Karşı karşıya kaldığı reel durumda, tıbbi standartların olmadığı tespitini yaparsa kendi uzmanlık tecrübesi ile genel ahlak ve bilim kurallarından sapmadan, hastaya şifa vermek amacıyla tıbbi müdahaleyi gerçekleştirimelidir.

4.5.2. Tıbbi Uygulama Hataları

Tıbbi uygulama hataları, sağlık hizmetleri sunumunda görevli sağlık personelinin, standart tıbbi müdahalenin dışına çıkarak hastanın sağlığına olumsuz yansıyacak her girişimi kapsamaktadır. Nitekim Dünya Tabipleri Birliği 1992 yılında 44. Genel Kurulu'nda tıbbi uygulama hatalarını *"hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar"* olarak tanımlamıştır[209]. Yapılan bu tanımlama ile tıbbi hata ile komplikasyon arasında net bir ayrım yapılmış, hekimin gerçekleşecek komplikasyonlardan sorumlu olmayacağı vurgulanmıştır. Yapılacak olan her tıbbi müdahalenin, kendine özgü birtakım riskleri vardır. Hekimler tıbbi müdahaleleri uygularken, bu riskleri hem kendisinin hem de hastanın göz önüne alması sağlaması gerekir. Yani gerçekleşebilecek risk oranı, yapacağımız tıbbi müdahalenin faydasından çok daha az ise hekim bu durumu izin verilen risk (kompliksyon) şeklinde değerlendirip, tıbbi müdahaleyi hastaya uygulayacaktır. Ancak izin verilen risk değerlendirmesi yapmadan önce, hekimlerin tıbbi standartı tartışıp, ona göre kararlar alması gerekecektir. Dolayısıyla hekimin hukuken sorumlu olması için kusurlu olması gerekir. Ancak izin verilen risk, ortaya çıkacak olan komplikasyonlar, kusur olarak nitelendirilemez. Eğer hekim, herhangi bir tıbbi müdahaleyi, dikkat ve özen

[208] Hasta Hakları Yönetmeliği 11. maddesine bakınız.

[209] TTB Füsun Sayek TTB Raporları kitabı, **Sağlıkla ilgili uluslararası belgeler**,2009, s.48.

yükümlülüğüne aykırı olmadan gerçekleştirmesine rağmen, bu müdahale sonucundakomplikasyonlar ortaya çıkmış ise bunlardan sorumlu tutulmayacaktır. Hekimin sorumlu tutulmaması için bir diğer önemli unsur; gelişen komlikasyonlar açısından tüm önlemleri almış olmalı ve bu konu hakkında hastayı aydınlatmış olmalıdır. Genel olarak hekim, önüne gelen somut vakada, hastayı ve hastalığı değerlendirirken, ortalama bir hekimin sahip olması gereken bilgi birikimi ve mesleki yeteneğe sahip olmalıdır. Ancak hekimin mesleki bilgi birikimi ve yeteneği açısından, eksikliği varsa veya ortalama bir hekimim göstermesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmış ise oluşan zarardan hekim sorumlu tutulabilecektir.[210]Yani hekimin tıbbi hatadan sorumlu tutulabilmesi için; hekim bilinçli bir şekilde tıbbi standarttın dışına çıkmış olması, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olması gerekecektir.

Gün geçtikçe daha çok artan tıbbi müdahale hatalarının oluştuğu alanları şöyle suralayabiliriz[211]:

"1. teşhis hataları

2. tanı hataları

3.tedavi hataları

4. Aydınlatma ve onam eksikliği

5. teknik hatalar

6. özen eksikliği"

4.5.2.1. Teşhis Hataları

Hekim, hastasıyla ilk karşılaşmasında, hastanın anlatıkları ve yapılacak tetkiklerle, kendisine, teşhis amacıyla bir yol çizecektir. Teşhis sürecini, hastalığı

[210]Mehmet, Demir, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2008, Cilt; 57, S.3, s. 247.

[211]Oğuz, Polat; Işıl, Pakiş, Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu, AcıbademÜniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi,2;3,2011,s.120.

anlama ve tanımlama süreci olarak görmek gerekir. Tıbbi müdahale hatalarından biri olan teşhis hatasını; hekimin, hastası için yanlış teşhis bırakması şeklinde anlamak yanlış olacaktır. Nitekim hastanın o an hekime sunduğu bilgiler ve yapılan tetkiklerle ortaya konulacak teşhis, dinamik bir şekilde değişebilecektir. Bu anlamda, hekimin teşhisde hata yapmasını; teşhis koyarken yapması gerekenleri dikkat ve özenle yapıp yapmadığı şeklinde algılamak daha doğru olacaktır. Örneğin; hekim hastalığı teşhis ederken, hastadan anamnez alıp ve fizik muayene yapacaktır. Ancak hekim, belirli bir teşhisi koyarken, bilimin gereklerine uygun bir şekilde anamnez almamış ise teşhis boyutuyla tıbbi hata yapmış olacaktır. Buna örnek olarak;hekim karşısına gelen bir hastadan, belli bir ilaca karşı alerjisinin olduğu öyküsünü almamış, bu bilgiyi almayan hekim, hastanın alerjisi olan ilacı hastaya uygulamasıyla tıbbi hata olarak sorumluluk altına girecektir.Bir başka örnek olarak; hekim hastalığı teşhis etmek için tüm gerekli tetkikleri yapmamış ise yine hukuki sorumluluktan kurtulamayacaktır. Sonuç olarak hekim, teşhis için bilimsel olarak doğruluğu net olarak ortaya konulmuş tüm aşamaları, dikkat ve özenle yerine getirmekle yükümlüdür. Yargıtayın vermiş olduğu kararda; *"hekimin hastaya teşhis bırakmasının zamanında olması gerektiği, aksi takdirde teşhisin geç bırakılmasından dolayı hastanın karşılaştığı tüm olumsuzluklardan hekimin sorumlu olacağı değerlendirmesi yapılmıştır. Mahkemece hükme dayanak alınan 3.4.2002 tarihli Adli Tıp raporunda da belirtildiği üzere, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Ana Bilim Dalı Başkanlığının 15.3.2001 tarih ve 49 nolu raporunda bebeğin ölümünün doğuştan kalp hastalığı ve bunun getirdiği sorunlar nedeniyle oluştuğu, bahsi geçen kalp hastalığının gebelik esnasında teşhis edilmesi ve ailenin bu durumdan haberdar edilmesi ile bebeğin doğar doğmaz yoğun bakıma alınarak sürekli tedbirlerin alınması ve gerektiğinde düzeltici operasyonlar yapılmasıyla bebeğin yaşam şansının artacağı, bu nedenle sonuçtan hastayı tüm gebelik boyunca izleyen ve doğumsal kalp damar hastalığı teşhisini koymakta yetersiz kalan Doktorun sorumlu olduğu belirtilmektedir"* bu husus vurgulanmıştır[212].

[212] Ulaş Can, Değdaş, "Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki Ve Cezai Sorumluluk", **Anadolu Üniversitesi Hukuk Dergisi**, cilt:1 sayı:6,2018 s. 54.

4.5.2.2. Tedavi Hataları

Hekimler, hastaya teşhis bıraktıktan sonra, bu hastalığı tedavi etme sürecine dahil olacaktır. Tanısı bırakılan hastanın, nasıl tedavi edilmesi gerektiği sürecini bilimsel gerçeklerbelirleyecektir. Nitekimhekimin hastasını tedavi ederken dikkat etmesi gerekenleri, Hekimlik Mesleği Etik Kuralları ortaya koymuştur: *"Hekim, mesleğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatine göre hareket eder"*[213]. Hekimin, bilimsel olarak doğruluğu ortaya konulmuş tedaviden sapmasınıveya bu tedavinin eksik yapılmasını, tedavide hata boyutuyla hekimin tıbbi müdahale hatası olarak görülecektir. Ayrıca hekim, hastaya uygulanacak tedavi yöntemini, doğru yerde, doğru zamanda yerine getirmelidir; aksi takdirde bu durum tıbbi hata olarak görülecektir. Bu duruma örnek olarak gösterebileceğimiz bir Yargıtay kararında:*"... trafik kazası sonucu hastane acil servisine getirilen kişi, yapılan ilk müdahaleden sonra yatırıldığı ortopedi kliniğine yatırılıyor ancak uzun süre hastaya müdahale etmemelerini, hekimin tıbbi müdahaleyi yaparken zamanında yapması gerektiğini vurgulamış bu olayda hekim zamanında uygun gerekli tedaviyi yapmadığından hukuki olarak sorumlu tuulmuştur"*[214].

Tedavi hatası olarak görülebilecek önemli bir konu da ilaçlar ile ilgili yapılan hatadır. Tedavi için uygun ilacın yanlış yere uygulanmış olması, ilacın dozajında hata yapılmış olması veya yanlış ilacın uygulanmış olması, tedavi hatası kapsamında değerlendirlmesi gerekir. Örneğin yurt dışında verilen bir mahkeme kararında; *"çocuk hastalara kullanılmaması gereken bir ilacın, yetişkinlere verilen dozu azaltılarak çocuğa uygulanmış olması ve bunun sonucunda çocukta sinir hasarının meydana gelmesini tıbbi hata olarak görmüş ve hukuka aykırı olarak değerlendirerek hekime ceza verilmiştir"*[215]. Hekim hastanın, sadece tedavi edilmesinden sorumlu olmayıp, tedavi sonrası hastanın kontrol ve izlemini de yapmakla yükümlüdür. Bu süreci bilimsel gerçekliliklere uygun olarak yapmayan hekimler de, tedavi hatası boyutuyla hukuki olarak sorumlu olacaklardır.

---

[213] Hekimlik Mesleği Etik Kuralları 8. maddesine bakınız.

[214] Yargıtay 4.CD., 11.2.2004 tarih, E.2003/1064, K.2004/2055, Sayılı Kararı, bkz. www.kazanci.com.trErişim Tarihi:15.05.2021.

[215] Atiye B., Uygur, "Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi", **TBB dergisi** 144. Sayı,2019, s.375.

4.5.2.3. Yönetim Organizasyonuyla İlgili Hatalar

Tıbbi müdahale hatası olarak görülmesi gereken bir diğer kavram da, sağlık hizmetlerini sunan sağlık tesislerinin organizasyonunun eksikliğidir. Sağlık tesislerindeki yöneticilerin, hekimlerin sunacakları sağlık hizmetinin, daha nitelikli olması için bakım, muhafaza ve denetim sorumlulukları vardır. Sonuçta, hekimler sağlık hizmeti sunarken; fiziksel ortam yetersizliği, tıbbi cihaz yokluğu, yeteri kadar nitelikli yardımcı sağlık personelinin olmayışı, planlamaların eksikliği gibi sorunlarla karşılaşacaklardır; bu sorunların çözümünde, organizasyondan sorumlu olan sağlık tesisi yöneticileridir. Hastane organizasyonundaki eksikliklere örnekler verecek olursak; bir hastanede yeteri kadar ilgili uzmanlık alanında doktor olmamasından dolayı doktora 48 saat nöbet tutturulması ve uykusuz kalan doktorun da yapacağı her türlü tıbbi hatadan doktorun sorumlu olmasının yanında bu planlamayı eksik bir şekilde yapan yöneticilerinde hukuken sorumlu olacağıdır. Bir başka örnek olarak da tıbbi cihazların bakımını üstlenen kişilerin, bu konuda uzman kişiler olmamasıdır. Tıbbi müdahalelerde kullanılan bu cihazların doğuracağı her türlü tıbbi hatadan yine organizasyondan sorumlu yöneticiler olacaktır. Çünkü hastane yöneticisi her bölüme spesifik kendi alanında uzman personeli seçerken dikkat ve özen içinde olmalıdır. Ayrıca seçilen personelin nerede, ne şekilde ve ne zaman içinde istihdam edileceğine de hastane yöneticisi karar verecektir. Tıbbi hatalardan dolayı, hekimler ve diğer sağlık personelinin yanın da sağlık yöneticilerin de sorumluluklarının olacağını görmek gerekmektedir.

Hasta ile hekim arasında kurulan tıbbi müdahale sözleşmesi nedeniyle hekimin sorumluluğunun oluşabilmesi için, hekimin kusurlu olması gerekmektedir. Hekimin kusurunu, sadece tıbbi standartlara aykırı davranışlar olarak belirlemek, tıp bilimin dinamizmine aykırı olacaktır. Hekim, her hastada özel olarak tıbbi standartları belirleyecektir. Tıbbi standardı belirleyen hekim, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun bir şekilde hastasına yaklaşmalıdır. Bu nedenle hekimin tıbbi hatası, objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ile ortaya çıkacaktır. Ancak bazı durumlarda, hekimin kendinden beklenen tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen, bir takım beklenmedik olumsuzluklar ortaya çıkabilir; bu tür durumlarda, hekim, hukuken sorumlu olmayacaktır.

Sağlık hukukçularının pratikte, sıkça yaptıkları hatalardan biride, tıbbi hata ile komplikasyon kavramlarının karıştırılmasıdır. Aydınlatılmış onamı olan ve bilimsel veriler doğrultusunda uygulanan tıbbi müdahalerin sonucunda, komplikasyon meydana gelmiş ise hekim bu durumdan, hukuken sorumlu tutulamayacaktır. Çünkü komplikasyon: tıbbi müdahalenin gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen, kötü sonuçlarının olabileceği bilimsel olarak ortaya konulmuş bir kavramdır. Bu yüzden hekim, meydana gelen herhangi bir komplikasyondan dolayı sorumlu tutulamayacaktır.

Ancak hekim dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, bu komliksyonun oluşmasına neden olmuş ise veya hastadan aydınlatılmış onam almamışssa hukuken sorumlu olacaktır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

HASTA HEKİM İLİŞKİSİNDE HEKİMİN SORUMLULUĞU

İnsanlar biyolojik, psikolojik, ve sosyolojik olarak tam iyilik hallerinin devam etmesi, yani sağlıklı bireyler haline gelebilmek için hekimlere başvurabileceklerdir. Hekimlerin temel amacı, insanların sağlıklı birey olmalarını sağlamak ve bunun için hastalarına tıbbi müdahale uygulamaktır. Hekimler, tıbbi müdahaleleri uygularken, zaman zaman istedikleri hedefe ulaşamayıp, hastalara zarar verebilmektedir. Bu noktada hekimler, hasta hekim ilişkisi boyutuyla hata, ihmal veya kusurları sonucunda, hukuki sorumluluk altına gireceklerdir. Hekimin hastasına uyguladığı tıbbi müdahalenin, nasıl bir ilişki kaynağında olduğuna göre hukuki sorumluluklarını üç ana gruba ayırabiliriz:

1-Hekimlerin Özel Hukuk Bağlamında Sorumluluğu

2- Hekimlerin İdari Sorumluluğu

3- Hekimlerin Cezai Sorumluluğu

Çalışmamızda temel olarak hekimin cezai sorumluluğunu ele alacağız. Ancak yargılamalarda hekimin cezai sorumluluğu ile beraber sıkça anılan özel hukuk bağlamındaki sorumluluğuna kısaca yer vermek istedik.

5.1. HEKİMLERİN ÖZEL HUKUK BAĞLAMINDA SORUMLULUĞU

Hasta hekim ilişkisinde, hekimin tıbbi sorumluluğundan kaynaklanan bir zararının oluşup oluşmadığı veya hastanın oluşan zararınıntazmininihekimdentalepedip edemeyeceği hususunun anlaşılması için açılacak davada, öncelikle taraflar arasındaki hukuki ilişki ortaya koyulmalıdır.

Taraflar arasındaki hukuki ilişki; hekim ile hastanın nerde ve nasıl bir ilişki içine girdiği ile ilişkilidir.

5.1.1. Hastanın Doğrudan Serbest Çalışan Hekime Başvurması

Hasta, tedavi olmak için bağımsız çalışan bir hekime gidebilir veya hekimi direkt evine çağırabilir. Bu tarz hasta hekim ilişkisinde, üç türlü ilişki meydana gelebilir; sözleşmesel ilişki, vekâletsiz iş görme ve eser sözleşmesi şeklindedir.

5.1.1.1. Hasta Hekim ilişkisinin Sözleşme Boyutu

Hasta, hastalığının sıkıntılarından kurtulmak maksadıyla, serbest iradesiyle, hastanın sıkıntılarını giderebilecek olan serbest çalışan hekime başvurabilecektir. Hekimin de bu başvuruyu kabul etmesiyle, aralarında sözleşme kurulmuş olacaktır. Hekim ile hastası arasındaki ilişki, hastanın sağlığına kavuşması için her iki tarafa da bir takım borçlar yükleyen, vekâlet sözleşmesi boyutuyla anlamlandırılan, hekimlik sözleşmesidir. Mevzuatımızda, hasta hekim ilişkisini düzenleyen, özel bir düzenleme yoktur, ancak bu sözleşme tipini vekâletsözleşmesişeklinde gören yaygın doktrin görüşü mevcuttur. Bu nedenle, hekimlik sözleşmesi denilince, serbest çalışan bir hekim ile bizzat hasta ya da onun temsilcisi arasında kurulan ve hekimi kendisine ödenecek bir bedel karşılığında, tıbbî teşhis ve tedavi edimini yerine getirme yükümlülüğü altına sokan, bir iş görme sözleşmesi akla gelecektir. Hekimlik sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğunu gösteren, çok sayıda yargı kararı mevcuttur. Bu kararlardan biride;*"Dava, davalı doktorların vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. Vekil şeklinde değerlendirilen hekimin sözleşmenin unsurlarından olan hastaya karşı en önemli borcu dikkat ve özen yükümlülğüdür. Özen yükümlülüğüne aykırı davranan hekimin sözleşmeye aykırı davrandığı tespitleri mevcuttur"*[216]şeklindekikarardır.

Sözleşme kavramı, tarafların karşılıklı bir şekilde, birbirine uygun irade beyanlarını açıklayarak, hukuki sonuç doğurmak amacıyla, yaptıkları hukuki işlem olarak tanımlanabilir.[217]Hukuk mevzuatımızda yer alan, tipik sözleşmelerden olan

[216]Yargıtay13.HD.12.06.2006, E.2006/6704 K.2006/9459, https://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/hekim-sorumluluguna-iliskin-yargitay-kararlari.htm, Erişim Tarihi:26.05.2021.

[217]Safa, Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, Beta yayınları, İstanbul, 2013, s.62.

vekâlet sözleşmesi, TBK 502. maddesindeşöyle tanımlanmıştır: *"Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir"*[218]. Sonuç olarak, vekâlet sözleşmesi şeklinde değerlendirilen hekimlik sözleşmesinin özelliklerini şöyle özetleyebiliriz:

-Hekim, hastasının hastalığını teşhis vetedavisini yapmak üzere bu sözleşmenin tarafı olur.

-Hekim, vekâlet sözleşmesi boyunca hastasının iradesine ve menfaatine uygun davranmalıdır

-Hekim, sözleşmenin amacını ifa ederken, hastanın iradesine uygun bir şekilde bağımsız davranmalıdır

-Hekim, hastayı sağlıklı hale getirmek için elinde gelen bütün gayretleri gösterecektir, ancak teşhis ve tedavinin sonucuna dair hiçbir taahhütte bulunamaz.[219]

Hastalığın seyri, uygulanan tedavinin yöntemi ve hatta süresi hakkında hiçbir şeyi önceden bilmek mümkün değildir. Bu yüzden, hekimin yapacağı tüm tıbbi müdahalelerde, hastasının kuvvetli bir şekilde rızasını almış olması, hekimi herhangi bir riziko altına sokmayacaktır. Ancak hasta, tıbbi müdahalenin tüm risklerine katlanmak durumunda olacaktır. Hekimlik sözleşmesinde, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, hekimi görme edimini, herhangi bir zaman kısıtlaması olmaksızın yerine getirecektir, aksi takdirde hasta hekim ilişkisi, zaman kısıtlaması ile iş görme edimi yerine getirilen hizmet sözleşmesi şeklinde açıklanacaktır[220].

Hasta ile hekim arasında kurulan, hastanın sağlıklı olmasını amaçlayan hekimlik sözleşmesinin tipik unsurlarını şöyle sıralayabiliriz.

---

[218]Türk Borçlar Kanunu 502. maddesine bakınız. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf, Erişim Tarihi:26.05.2021.

[219] Fikret, Eren, **Borçlar Hukuku Özel hükümler**, 7. Baskı, 2019, s. 715-756.

[220] Murat, Aydoğdu / Nalan, Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.779.

5.1.1.1.1. Sözleşmenin Taraflarının Serbest Çalışan Hekimler Ve Hasta Olarak Belirlenmesi

Hekimlik sözleşmesinin en önemli unsurlarından biri, sözleşmenin taraflarıdır. Vekalet sözleşmesi boyutuyla değerlendirilen hekimlik sözleşmesinde, vekil tarafında serbest çalışan hekimler, müvekkil tarafında ise hastalar yer almaktadır. Serbest hekim kavramından ise, hukuk kurallarının tanıdığı yetki çerçevesinde, hastanın teşhis ve tedavi sürecine dahil olma yetkisi olan ve bu hizmeti de herhangi bir sağlık tesisinde değil de kendi hesabına, bağımsız çalışan hekimler olarak görülmelidir.[221] Hekimlik sözleşmesinin diğer tarfında olan hasta ise *"Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse"* şeklinde değerlendirilir[222].

5.1.1.1.2. Hekimin Tıbbî Müdahale Amaçlı Edimleri Üstlenmesi

Vekâlet sözleşmesinde; vekil, müvekkile karşı bir iş görme edimi sorumluluğuna girecektir. Vekilin üstlendiği edim, olumlu edimlerdendir. Sonuç olarak, vekâlet sözleşmesinde, vekil her zaman müvekkilinin menfaatine uygun olacak eylemleri gerçekleştirecektir. Vekâlet sözleşmesinde, vekilin müvekkiline karşı olumlu edim sorumluluğu yanında bir de kaçınma ve yapmama edim sorumluluğu da olacaktır.[223]Vekâlet sözleşmesi boyutuyla değerlendirilen ve hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesiyle, hekim hastasının iradesine uygun bir şekilde hastanın hastalığının iyileşmesi için tıbbi müdahalelerde bulunma çerçevesinde tüm teşhis, tetkik ve tedavi hizmetleri yerine getirme edimi üstlenmiştir[224]. Hekim, hastasının sağlıklı bir birey olabilmesi için hekim meslek etik kurallarına bağlı kalarak, hastası için faydalı olanı, yani hastasının menfaatine uygun olan eylemleri gerçekleştirmelidir. Hekimin sorumluğunun, hastasının menfaatine olması gerekliliği, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde de şöyle vurgulanmıştır:

---

[221] Filiz, Yavuz İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmes**i, İstanbul, Vedat Kitapçılık,2006, s.14 vd.

[222] Hasta Hakları Yönetmeliği 4. maddesine bakınız.

[223]Şebnem, Akipek Öcal / Nazmiye, Özenbaş Boydağ / Mustafa, Avcı, **Sağlık Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir,2019, s.83.

[224] Aydoğdu / Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s.778.

"Tabip ve diş tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir. Tabip ve diş tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaatı ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir

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

Tabip ve diş tabibi, faydasızlığını bildiği bir ilacı, hastaya veremez"[225].

5.1.1.1.3. Hekimin Edim Borcunu Hastanın Adına Yapması Ve Riske Katlanmaması

Hekimlik sözleşmesinde; hekim, hastasına edimi yerine getireceğine dair taahhütte bulunur, fakat hekim hastasına edim sonucuyla ilgili taahhütte bulunamaz. Bu yüzden, hekim hastası için edimin olumlu sonuçlanması gayretinde olacaktır ancak edim her zaman olumlu sonuçlanmayabilir.

5.1.1.1.4. Hastanın Ödeyeceği Bedelin Belirli / Belirlenebilir Olması

Vekâlet sözleşmesi boyutuyla değerlendirilen hekimlik sözleşmesinde; ücret, hukuki olarak zorunlu esaslardan değildir. Dolayısıyla taraflar, hekimlik sözleşmesince, herhangi bir ücret konusunda anlaşmamışlarsa bile hekimlik sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır. Ancak avukat, hekim gibi bazı meslek gruplarının yapacağı vekalet sözleşmesinde, edimin yerine getirlmesinin karşılığında ücret verilmesi teamül haline gelmiş ise yapılacak sözleşme ücretli vekalet sözleşmesi hükmünde olacaktır[226].

5.1.1.1.5. Hasta İle Hekimin Anlaşması

Hekimlik sözleşmesi; hasta ile hekimin birbirlerinin, iradelerine uygun bir şekilde kurulan rızai bir sözleşmedir. Hekimlik mesleği gibi bazı meslek gruplarının

---

[225] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 2.,13.,20. maddelerine bakınız.

[226] Akipek Öcal; Özenbaş Boydağ, Avcı, **Sağlık Hukuku**, s.83.

yapacağı vekâlet sözleşmesinde; vekilin, sözleşme konusu işi, resmi bir sıfat gereği veya mesleğin gereği olarak görülmesi veya vekilin bu tür edimleri, yerine getireceğini açıklaması halinde, vekilden ayrıca kabul beyanı beklenmeyecektir. Nitekim bu durum TBK 503. Maddesinde de şu şekilde yer almıştır:

"Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır"[227].

Bu nedenle herhangi bir hasta, serbest çalışan bir hekime tetkik ve tedavi için başvurmuş ve hekim de hastanın iradesine uygun bir şekilde, tıbbi müdahaleye başlamış ise; hekimlik sözleşmesi, hasta ve hekimin beyanda bulunmasına gerek olmadan kurulmuş olacaktır.

5.1.1.2. Hekimin Sözleşmeden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu

Hukuk sistemimiz içinde en genel anlamıyla hukuki sorumluluk; sözleşmeden kaynaklanan hukuki sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu, sebepsiz zenginleşmedem kaynaklanan sorumluluk ve vekâletsiz iş görme sebebiyle ortaya çıkan sorumluluktur. Yukarıda anlattığımız bilgiler ışığında hastanın serbest çalışan hekime başvurması, vekalet sözleşmesi boyutuyla değerlendirilmektedir. Ortaya koyulan vekâlet sözleşmesinin, hasta hekim arasında kurulan ilişkisine ise hekimlik sözleşmesi denilmektedir. Hekimlik sözleşmesinde konu; kişilik hakkı ve yaşam hakkı ile sıkı ilişki içinde bulunan sağlık hakkı olduğu için güven ve rıza konusunun çok önemli olacağını vurgulamak gerekir. Bir tarafta hastanın, hekimin tecrübesine olan güveni, diğer tarafta ise hekimin hastasının vereceği bilgilere güven çok önemli yer tutar. Bu yüzden, iki tarafın açık veya zımmi onayları ile hekimlik sözleşmesi kurulmuş sayılır. Kurulan hekimlik sözleşmesi, her iki tarafa bir takım yükümlülükler getirmektedir. Hekimlik sözleşmesince, hekimin, özellikle özen yükümlülüğüne aykırı davranması sonucu, sözleşmeyi ihlal edilmiş olacaktır. Dolayısıyla hekimin, sözleşmenin kendisine yüklediği sorumluluğu yerine

[227] Türk Borçlar Kanunu'nun 503. maddesişne bakınız.

getirmemesi ile sözleşmeye aykırılıktan tazmin yükümlülüğü doğacaktır. Bu durum TBK' nın 112. maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

"Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür"[228].

Hekimin sözleşmeye aykırılıktan, tazmin yükümlülğünün olmasının temelinde, hekimin mesleki anlamda kusurlu olması yer alır. Hekimin kusur sorumluluğu, daha çok dikkat ve özen yükümlülğü ile ilişkilidir. Sonuçta hekim hastasına, objektif bilimsel veriler ışığında, standardize edilmiş tıbbi müdahaler ışığında yaklaşmalıdır. Aksi takdirde, hekim kusurlu davranmış olur ve hastaya zarar vermiş olacaktır. Sonuç olarak hekimin sözleşmeden dolayı sorumluluk altına girebilmesi için ortada, gelişen bir kusur olmalı ve bu kusur ile aralarında illiyet bağı bulunan bir zarar meydana gelmiş olmalıdır. Hasta hekim arasında kurulan hekimlik sözleşmesine göre, hekimin hukuken sorumlu olabilmesi için gerekli unsurları alt başlıklar altında ele almaya çalışacağız.

Hekimin hekimlik sözleşmesi açısından hukuken sorumlu tutulabilmesi için aşağıdaki unsurların varlığı gerekir:

5.1.1.2.1. Hasta Hekim Arasında Sözleşmenin Varlığı

Hekimlik sözleşmesi boyutuyla, hekimin sorumlu olabilmesi için hasta ile hekim arasında kendi rızaları ile aralarında bir sözleşme kurulmuş olmalıdır.Eğer hekim ile hasta arasında sözleşme kurulmamışsa, hekimin sözleşme boyutuyla sorumluluğu olmayacak, ancak haksız fiil veya vekâletsiz iş görme boyutuyla sorumluluğu olabilecektir. Yukarıda da anlattığımız gibi, hekimlik sözleşmesinin kurulmuş sayılması için en önemli esas kabul iradeleridir. Hekimlik sözleşmesinde, kabul beyanlarının alımında bir şekil yoktur. Kabul beyanları, açık veya zımmi de olabilecektir. Çünkü hekimlik; mesleği gereği, resmi olarak tıp bilimini icra edecek kişiler olarak algılanır. Dolayısıyla herhangi bir hekime başvuran hastanın, hekim tarafından teşhis veya tedavi amacıyla tıbbi müdahaleye başlaması, hekimlik

[228] Türk Borçlar Kanunu'un 112. maddesine bakınız.

sözleşmesine ilişkin kabul beyanını ortaya koyacaktır. Bu yüzden günlük hayatta da çok sık karşılaşılan bu tür durumlarda, hekim açık bir şekilde hastaya müdahaleyi reddetmedikçe, hekimlik sözleşmesini kabul ettiği anlaşılacaktır. Hekimin, hastayı aydınlatmasından sonra, hastanın bu müdahale açısından rızasının alınması gerekir. Aslında aydınlatılmış onam kavramı, hekimlik sözleşmesi için esaslı, her iki tarafa da sorumluluk getirmektedir. Bu yüzden, sözleşmenin en önemli unsuru olan güven kavramının oluşabilmesi için kuvvetli bir şekilde alınmış aydınlatılmış rızanın mevcudiyeti çok önemlidir.

5.1.1.2.2. Hekimlik Sözleşmesinin İhlali

Hekimlik sözleşmesinden dolayı hekimin sorumlu tutulabilmesi için, hekimin sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinden birinin veya birkaçını, hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi gerekir. Hekimlik sözleşmesi, genel anlamda hekime, teşhis ve tedavi yükümlülüğü getirmektedir. Teşhis ve tedavi yükümlülüğünü, hekimlik sözleşmesinin asli unsurlarından biri olarak değerlendirmek gerekir. Hekimin asli edim yükümlülüklerinin yanında; hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, sır saklama, tıbbî bilgileri belgeleme ve arşivleme, hastanın kendisi veya sahiplerine hesap verme, tıbbî bilgi birikimini artırma ve meslekî deneyimini geliştirme gibi tali yükümlülükleri de mevcuttur[229].

Hekimlik sözleşmesinin asli yükümlülüklerinden biri olan, teşhis ve tedavi yükümlülüğünde, hekimden beklenen,tıp biliminin genel kabul gören ilke ve uygulamalarından sapmadan, kendi uzmanlığını gerektiren hususlara uygun olarak davranması ve hastanın sağlıklı bir yaşama kavuşmasını sağlamasıdır. Asli yükümlülüklerden biri olan hastalığın teşhisi, tedavi açısından önemlidir. Hekimin hastanın hastalığına teşhis koyabilmesi için hastadan, anamnez boyutuyla birtakım bilgiler alması gerekecektir. Tam da bu nokta da hastanın hekime olan güveni önem kazanacaktır. Çünkü hasta, hekimin kendisinden istediği bilgileri, hekime sunması gerekecektir. Hastalığın teşhisinden sonra, tedavi sürecine geçilecektir.Hekim, hastası için koyduğu teşhis için en uygun tedavi metodununa, bilimsel

[229] İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, s.74-80; Mehmet, Demir, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s.239.

gerçekliklerden kaynaklanarak karar verecektir.Hastanın mevcut hastalığı, eğer hekimin uzmanlık alanı dışında kalıyorsa, hekim mutlaka hastasını bu alanda uzman olan hekime sevk etmelidir. Aksi takdirde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan hekim, hukuken sorumlu olacaktır.

5.1.1.2.3. Hekimin Tıbbi Meslek Kusuru

Herhangi bir şeye zarar verme şeklinde kendini gösteren ve hukuk düzeni tarafından kınanan, insanın hal ve hareketlerine kusur denilmektedir[230]. Hukuka aykırı olan zararı isteyen veya hukuka aykırı olan zararı önlemek için herhangi bir eylemsellik içine girmeyen kişi kusurlu sayılacaktır[231]. Kusur kavramının, obketif ve sübjektif olmak üzere iki unsuru vardır. Kusurun objektif unsuru; kusurlu davranan kişi ile aynı şartlarda yaşayan insanların, herhangi bir eylem karşısında, normalde vermeleri gereken tepkiden farklı bir tepki içerisine girmesi veya normal tepkiden sapma şeklinde tanımlanabilir. Kusurun sübjektif yönü ise; kişinin sorumluluk yeteneğinin varlığıdır.[232]Kusur kast ve ihmal şeklinde meydana gelebilir.Kasıtlı eylem sonucunda oluşan kusur: kişinin kusur ile oluşacak zararı bilerek ve isteyerek harekete geçirmesi şeklinde tanımlanır. Bir hekimin, sırf daha fazla ücret almak için, hastaya uygulamaması gereken tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesini, kasıtlı kusurlu davranış olarak değerlendirmek gerekir. İhmal şeklinde kendini gösteren kusur; kişinin hukuka aykırı oluşacak zararı, istememiş olması ile beraber, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, zararın oluşmasını sağlaması şeklindetanımlanır[233]. Hekimin, ameliyat esnasında, ameliyatın yapıldığı bölgede, tıbbi malzeme unutarak hastanın acı çekmesine neden olan davranışını ihmalidavranışla meydana gelen kusur olarak değerlendirebiliriz.[234] Hekimin

---

[230] Akipek Öcal/ Özenbaş Boydağ/ Avcı, **Sağlık Hukuku**, s.94-95.

[231] Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 171.

[232] Demir, **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, s.245.

[233] Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 172.

[234]Yargıtay 13. HD.'nin30.6.2011 tarih, 7697/10489 Sayılı kararından; "Davacı, 13.11.2000 tarihinde davalı Y... İ... Hastanesi'nde bypass ameliyatı olduğunu, ağrılarının devam etmesi üzerine ameliyatı gerçekleştiren davalı doktorlara başvurduğunda, operasyondan sonra doğal bir süreç olan kan pıhtılaşması oluştuğunu bildirdiklerini, başka bir doktora gittiğinde ise, ameliyat sırasında kalbinde sargı bezi unutulduğunun tespit edildiğini, Doktor S.E. Hastanesi'nde yapılan ameliyatla sargı bezinin çıkarıldığını, beş firmanın başkanlığını ve yöneticiliğini yapmakta olduğundan tedavi süresince maddi ve manevi zarara uğradığını ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere

ihmalinden söz ederken oluşacak zarar, bizzat hekimin eyleminden kaynaklanmak zorunda değildir. Öngörülebilir zararın oluşmaması için, hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranışlar içerisinde olması gerekir. Tıp bilimi için meslek kusuru diye nitelediğimiz bu kavram, hekimin tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarını, kusurlu olarak ihlal etmesi şeklinde anlaşılır. Sonuç olarak, hekimin kusurlu davranışından dolayı, hukuken sorumlu olmaması için bilimsel, mesleki kurallara uyması, dikkatli ve özenli olması gerekir.

5.1.1.2.4. Zarar

Hekimin, hastasına uyguladığı tıbbi müdahalenin, hukuka aykırı olması sonucu, tazmin sorumluluğunun olması için; hekimin asli ve tali yükümlülüklerine aykırı hareket etmesiilezarar meydana gelmelidir. Zarar, kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında bir eksilme anlamına gelmektedir[235]. Zararı maddi ve manevi zarar diye ikiye ayırmak mümkündür.

Maddi zarar; hekimlerintıbbi müdahaleler uygularken, hastanınvücut bütünlüğüne zarar vermesi şeklinde açıklanır. Hastanın, tıbbi müdahale sonrası ölmesi veya hastanın herhangi bir organ, doku kaybına uğramasını, maddi zarar kapsamında değerlendirmek gerekir[236].

Manevi zarar; hekimin, hastasına tıbbi müdahalede bulunması sonucu, hastanın kendisinin veya yakınlarının manevi değerlerindeki eksilme olarak tanımlanabilir[237]. Hekimin manevi zarar boyutuyla tazmin yükümlülüğü, TBK'da;

"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,

şimdilik 50.000-TL maddi, 50.000-TL manevi tazminatın davalılardan müteselsilen ödetilmesine karar verilmesini istemiştir" (bkz. YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, "Hekimin Tazminat Sorumluluğu" Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 33, Yıl: 2015, s.)

[235] Akipek Öcal; Özenbaş Boydağ, Avcı, **Sağlık Hukuku**, s.94-95.

[236] Filiz, Yavuz İpekyüz, "Hekimin Tazminat Sorumluluğu", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 33, Yıl: 2015, s.35.

[237] Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 170.

zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.

Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir"[238] şeklinde düzenlenmiştir.

5.1.1.2.5. Uygun İlliyet Bağı:

Hekimin uyguladığı tıbbi müdahaleden dolayı, hukuken sorumlu olabilmesi için hastaya verdiği zarar ile uyguladığı tıbbi müdahale arasında neden sonuç ilişkisi olmalıdır. İlliyet bağının olup olmadığını belirlemek maksadıyla başvurulan; Türkiye ve İsviçre hukukunda kabul görmüş teori, uygun illiyet teorisidir[239]. Uygun illiyet teorisine göre, hekimin hastasına uyguladığı tıbbi müdahalenin, genel olarak hekimlik pratiği içinde ve normal bilimsel verilere göre, oluşan zarara sebep olabilmesi gerekecektir. Hekimin uyguladığı tıbbi müdahale; müdahalenin olduğu yerin dışında da zarar verebilecektir. Bu tür durumlarda da uygun illiyet teorisine bağlı olarak, tazmin yükümlülüğü doğacaktır. Yargıtay verdiği bir kararında; *"idrar yolu enfeksiyonu için verilen bir ilacın mide kanaması yapma riski mevcut olduğundan mide rahatsızlığı olanlarda, mide koruyucu ilaçla beraber kullanılması gerektiği, hekimin de hastaya bu ilacı vermediği ve hastanın mide kanaması geçirdiği, bunun üzerine hekim, hukuken sorumlu görülmüş ve tazminat ödemesine karar verilmiştir"*[240]. Hekimin kusurundan dolayı tazmin yükümlülüğünün olması için, zarar ile fiil arasında illiyet bağının ispatlanması gerekir. İlliyet bağının ispatlama külfeti, hastaya ait olacaktır. Ancak hastanın, zarar ile fiil arasındaki illiyet bağını ispat ederken, kesin olan somut verilerle ortaya koyması gerekir.

---

[238] Türk Borçlar Kanunu 56. ve 58. Maddelerine bakınız.

[239] Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 175.

[240] Yargıtay 13. HD, T. 19.10.2006, 10057/13842. www.kazanci.com.tr., Erişim Tarihi: 30.05.2021.

5.1.1.3. Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu

5.1.1.3.1. Haksız Fiil

Kişiler arasında borç ilişkisi, kanundan veya hukuki işlemden kaynaklanmaktadır. Hasta ile hekim arasında edim borcu yükleyen hukuki işlemlerin başında, sözleşme boyutuyla değerlendirilen hekimlik sözleşmesi gelmektedir. Hasta ile hekim arasında sözleşme olmadan da borç ilişkisi orataya çıkabilecektir. Sözleşme dışı hekimin sorumlu tutulabileceği borç ilişkileri ise haksız fiil, kusursuz sorumluluk hâlleri, vekâletsiz iş görme vb. kanunda sayılan hallerdir.

Hukuk düzeni, hekimlere sözleşme dışında da uyulması gereken birtakım hak ödevler vermiştir. İşte hukuk düzenin verdiği birtakım ödevlere aykırı davranılmasına, haksız fiil denilmektedir. Dar anlamda yorumlanırsa, hastasına zarar veren hekim, bu zarardan sorumlu olacaktır. Bazı durumlarda, hekimin hastaya müdahalesinde, hem sözleşmeye bağlı, hem de haksız fiile bağlı zarar meydana gelebilmektedir. Bu duruma, sebeplerin yarışması adı da verilmektedir. Bu konu hakkında farklı görüşler mevcuttur. Kimi görüşlere göre; oluşan zarar, hem sözleşmesel, hem de haksız fiil boyutuyla değerlendiriliyorsa, hasta zararın tazminini sözleşme boyutuyla isteyebilecektir. Yargıtay'ın ve birtakım doktrinde kişilerin bir başka görüşü ise; hasta dilerse sözleşme boyutuyla, dilerse haksız fiil boyutuyla zararının tazmini isteyebilcektir[241]. Bu konuda iki ayrı görüş mevcuttur, ancak TBK:

"Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir"[242]şeklinde yer vermiştir. Sonuç olarak hem sözleşme hem de haksız fiil boyutuyla değerlendirilebilen zararlarda, hastanın menfaati göz önüne alınarak yargılama yapılmalıdır.

[241] Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 163.

[242] Türk Borçlar Kanunu'un 60.maddesine bakınız.

Hasta hekim ilişkisinde, tıbbi müdahale sonrası gelişen zararın, herhangi bir sözleşme olmadan da haksız fiil boyutuyla tazmin edilebileceğini TBK düzenleme altına almıştır:

"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"[243]. TBK' da açıklanan haksız fiilin dört unsuru vardır:

"Hukuka aykırı fiil

Zarar

Kusur

Uygun illiyet bağı"

Hekimin, haksız fiilden dolayı hukuki sorumluluğunun doğması için, yukarıda saydığımız dört unsurun, bir arada olması gerekir. Hekimin hastasıyla ilişkisini düzenleyen, objektif meslek kuralları ve tıbbi müdahalelerinin yönünü belirleyen bilimsel kurallar mevcuttur. Bu yüzden, hekimi hastasına müdahale ederken, meslek ve bilimsel kurallar dışına çıkmış isehastasında oluşan zararı tazminle yükümlü olacaktır.

Sonuç olarak hekimin, ister sözleşme boyutuyla, ister haksız fiil boyutuyla, hastasına karşı mesleki ve tıbbi kurallar çerçevesinde müdahale etme yükümlülğü mevcuttur. Hekim, bu kurallara aykırılık sonucunda, hastasının zararını tazmin edecektir. Öyleki hekim, hastasına bilimsel kurallarla çizilen bir algoritma içerisinde, müdahale edecektir. Bazen hekim, hastasına müdahale ederken, hastaileilgili birtakım sorunlarla karşı karşıya kalmaktadır. Hekim, bu sorunlarla, kendi meslek tecrübesi ile mücadele edecektir. Bu yüzden hekimler, hukuki sorumluluk bağlamında yargılanırken; Yargılama esnasında, yargıçlar, her hastayı veya vakayı kendi özelinde değerlendirmeli ve hekimin o anki kararları, beraberce nitelikli bir şekilde analiz etmelidirler.

[243] Türk Borçlar Kanunu'un 49.maddesine bakınız.

5.1.1.3.2. Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Dolayı Sorumluluğu

Hastanın tam fiil ehliyetsizliği, şuurunu yitirmiş olması ya da narkozun etkisi altındaykenameliyatının genişletilmesi gibi, hastanın iradesinin yoksun olduğu durumlarda, hekimin hastanın muhtemel iradesine uygun olarak, hastanın rızası olmadan yapacağı müdahaleleri, vekaletsiz iş görme olarak değerlendirmek doğru olacaktır. Bu tür durumlarda, hekim yaşam hakkı boyutuyla, hastanın iradesinin de bu yönlü olacağını düşünüp, hastaya müdahale etmiş olmasını haklı olarak görebilir. Ancak, bu noktada irdelenmesi gereken; yapılacak her vekâletsiz iş görme, hukuka uygun olur mu? Sorusudur. Bu yüzden, vekâletsiz iş görme eylemini, ikiye ayırmak mümkündür; hastanın iradesine uygun olan vekâletsiz iş görme ve hastanın müdahale etmesini yasakladığı, yani iradesine aykırı olarak yapılan vekâletsiz iş görme. Hastanın iradesine ve menfaatine uygun olarak, hastanın geçerli bir yasak koymasına aykırı olmaksızın, hekimin tıbbi müdahalede bulunması eylemi, caiz olan vekaletsiz iş görme olarak değerlendirilir. Hekimin, hastasının yasaklamasına rağmen veya hastanın iradesine ve menfaatine uygun olmayan tıbbi müdahale sürecine girişmesi caiz olmayan vekâletsiz iş görme olarak değerlendirilecektir[244].

Hekimin, hastasına rızası olmaksızın, uygulayacağı tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirecek kavram, tıbbi olarak zorunluluk halidir. Tıbbi zorunluluk kavramını, yaşam hakkı ile beraber değrlendirmek gerekir. Yukarıda da anlattığımız gibi vekaletsiz iş görme ilişkisini daha çok, hayati öneme sahip acil vakalarda veya ameliyatın zorunlu olarak genişletilmesinde görmekteyiz. Acil vakalarda; hastanın şuuru kapalı olabilir, yani hastanın iradesi olmayabilir,bu yüzden hekimin hastasının daha çok kötüleşmesini engellemek adına veya hastasını hayata döndürmek adına hastanın rızasını almadan, bilimsel veriler ışığında, müdahale etmesini tıbbi zorunluluk şeklinde tanımlamak doğru olacaktır. Bu durum, Tıbbi Deontoloji

[244] Aydın, Zevkliler/ K. Emre, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Turhan Kitabevi 2013, s. 630; Sera Yüksel, Reyhani, "Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu", Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın'a Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 21, Sayı 2, İstanbul, 2015, s.798; Öztürk, Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk**, İstanbul, Legal Kitapevi, 2014, s. 130-134.

Nizamnamesinde,*"Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur"*[245]şeklinde kaleme alınmıştır. Aslında acil vaklarda önemli olan husus,tıbbi zorunluluğun ne anlama geleceğidir.Kanatimizce, hastanın iradesinin bozulduğu ve yaşamsal anlamda, kişinin hayatının tehlikede olduğu her durum, tıbbi zorunluluk olarak değerlendirilmelidir[246].

Hekimin hastasına uyguladığı tıbbi müdahalenin vekaletsiz iş görme olarak kabul edildiği bir diğer vaka türü ise hastaya uygulan cerrahi operasyon esnasında, operasyonun boyutunun değişmesidir. Ameliyat esnasında, narkozun etkisiyle, hastanın bilinci kapalı olduğu için o esnada, hastanın rızasının alınması mümkün olmayacaktır. Ancak burada en önemli husus, ameliyat esnasında ameliyatın boyutunun değişmesinin nedeni, hastanın hayatının tehlike altında olması ile gerekçelendirilmelidir, yoksa ameliyat esnasında, hastanın rızasının alınmadığı başka bir müdahale gerekiyorsa ve hastanın hayatını tehlikeye atmıyorsa, ameliyat sonlandırılıp, hastanın rızasının alınmasından sonra, ameliyata devam edilmelidir. Aksi takdirde hastanın rızasının alınmadığı gerekçesiyle, hukuka aykırı tıbbi müdahale yapılmış olacaktır.

Hekimin caiz olan vekâletsizişgörmeden dolayı hukukisorumluluğu, TBK'da hafif olarak açıklanmıştır:*"Vekâletsiziş gören, her türlü ihmalinden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir"*[247].

Bizce vekâletsiz iş görme olarak değerlendirilen acil vakalar ve ameliyatın genişletilmesi olaylarında, hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünün daha üst düzeyde olması gerekecektir. Sonuçta bir hekim için iradesi olmayan bir insana müdahale etmek, daha çok dikkat edilmesi gereken bir durumdur.

---

[245] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 3. maddesine bakınız.

[246] Zarife, Şenocak, "Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Yayınları**, 1998, s. 104.

[247] Türk Borçlar Kanunu'un 527. maddesine bakınız.

Tıbbi zorunluluk durumlarından biri olan, ameliyatın genişletilmesinde; hastanın, hekimin uyguladığı ameliyatı genişletme kararını, ameliyattan önce reddetmiş olmasına rağmen, hekimin hastanın reddettiği bir tedaviyi, faydalı bulduğu gerekçesiyle uygulaması, sorumluluğunu hafifletmeyecektir[248]. Bu durum TBK'da, *"İşgören, işsahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve işsahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, işgören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur"*şeklinde açıklanmıştır.

5.1.1.3.3. Eser Sözleşmesinden Dolayı Hekimin Sorumluluğu

Eser sözleşmesi, TBK'da; *"Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme"*[249]olarak tanımlanmıştır. Eser sözleşmesinin bir tarafında;yapıyı somut olarak ortaya koymayı taahhüt eden kişi, diğer tarafında ise teslim edilen yapı karşılığında ücreti ödeyen kişi yer almaktadır. Dolayısıyla eser sözleşmesi tam ve çift tarafa borç doğuran sözleşme niteliği taşımaktadır[250]. Eser sözleşmesinde, oluşturulması gereken yapıyı taahhüt eden kişinin yükümlülüklerineTBK'da;

"Yüklenici, üstlendiği edimleri işsahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.

Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.

Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.

---

[248] Reyhani, "Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu", s.803

[249] Türk BorçlarKanunu'un470. maddesine bakınız.

[250] Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 170.

Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır"[251] şeklinde belirtilmiştir.

Eser Sözleşmesinin Unsurlarını alt başlıklar altında şöyle sıralamak mümkündür:

-Tarafların anlaşması

Eser sözleşmesinin oluşması için bir tarafın anlaşılan yapıyı meydana getirme taahhüdü, diğer tarafında buna karşılık ücret ödeyeceği ve her iki tarafında kendi rızaları meydana getirecekleri bir anlaşmadır[252]. Kısacası, eser sözleşmesi, her iki tarafa borç yükleyen ve her iki tarafında kendi rızaları ile oluşturabilecekleri bir anlaşmadır.

- Eserin meydana getirilmesi

Vekâlet sözleşmesi boyutuyla oluşturulan, hekimlik sözleşmesinde olduğu gibi yapıyı meydana getirecek kişi, iş sahibinin iradesine uygun bir şekilde sonuçlandırmakla, eser sözleşmesini yerine getirmiş sayılacaktır[253]. Ancak hekimlik sözleşmesinde, herhangi bir işin veya yapının meydana getirileceği taahhüdü yoktur. Eser sözleşmesinde ise yüklenici, işi veren kişi ile anlaştığı sürede anlaşmaya uygun yapıyı sağlam bir şekilde teslim edeceklerdir.

-Ücret ödenmesi

Eser sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri de ücret ödenmesidir. İşi veren kişi, iradesine uygun bir şekilde, yüklenici tarafından sağlam bir şekilde teslim edilen yapı karşılığında anlaşılan ücreti eksiksiz bir şekilde ödemesini yapmalıdır.

Sonuçta, bazı tıp uygulamaları, eser sözleşmesi şeklinde meydana gelebilir. Bu tıp uygulamalarına bazı örnekler verecek olursak: estetik cerrahisi alanındaki

---

[251] Türk Borçlar Kanunu'un 471. maddesine bakınız.

[252] Cevdet, Yavuz / Faruk, Acar/ Burak, Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 2013, s.510

[253] Yavuz, Acar, Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, s.508-510.

tıbbi müdahaleler, diş hekimlerinin estetik boyutuyla yapacakları girişimler. Bu tür müdahalelerde, hastaya şekilsel veya grafiksel yapı örnekleri sunulmaktadır. Hasta da sunulan bu yapı örneklerinden birini, hekimle bir ücret karşılığında anlaşarak yaptırmaktadır.

5.1.2. Özel Sağlık Kuruluşlarında Sağlık Hizmeti Veren Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu

Ülkemizde sunulan sağlık hizmetleri, genel anlamda kamu eliyle yürütülmektedir. Bununla beraber, sağlık hizmetleri sunumunda, özel sağlık kuruluşları da yer almakatadır. Sağlık hizmetlerinin sunumu, daha çok devlet eliyle olsa bile, bu hizmetlerin organizasyonunun yönetimi devletin sorumluluğundadır. Sağlık hizmetlerinin sunumu çok parçalı olabilse de bu hizmetlerin yönetiminin tek elden olması gerekliliği de Anayasamızda:

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

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir"[254]şeklinde ifade edilmiştir.

Devletin, kendi eliyle sunduğu sağlık hizmetlerinde, direkt hekimin sourmluluğu yoktur, sorumluluk bu hizmeti veren idarede olacaktır: Anayasamıza göre;

"*Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır*

[254] Anayasamızın 56/3 maddesine bakınız.

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"[255].

Anayasanında belirttiği gibi devlet eliyle sunulan sağlık hizmetlerinde, hasta ile hekim arasında direkt özel bir sözleşme kurulmamış olmakla beraber, hasta ile sorumlu idare arasında bir ilişki doğacaktır. Hekimin uyguladığı tıbbi müdahale sonrası yaşanan zararın tazmini, idare tarafından karşılanmış olacaktır.

Ülkemizde sağlık hizmetlerinin sunumu, daha çok devlet kendi eliyle yapmaktadır, ancak ülkemizin artan nüfusuna paralel olarak, denetimi devletin elinde olmak şartıyla, özel sağlık kuruluşlarında da yapılmaktadır:

"Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir"[256].

Sağlık hizmetlerinin sunumunda, kamunun dışında yer alan özel sağlık kuruluşları, serbest olarak sağlık hizmetlerinin sunulduğu ve kâr amacı güden gerçek veya tüzel kişilerin kurduğu sağlık işletmeleridir;

"Devletin resmi 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 hastaneler" den sayılır. Bunların açılma, kullanma, kapanma şartları bu kanunun hükümlerine bağlıdır"[257].

Özel hastanelerinorganizasyonuÖzel Hastaneler Yönetmeliğinde ayrıntılı bir şekilde yer almaktadır:

---

[255] Anayasamızın 40. ve 129. maddesine bakınız.

[256] Anayasamızın 56/4. maddesine bakınız.

[257] HususiHastanelerKanunu1.Maddesinebakınız.https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2219.pdf, Erişim Tarihi:30.05.201.

"Bu Yönetmeliğin amacı; etkin, verimli ve kaliteli sağlık hizmeti sunulmasını sağlamak üzere, bütün özel hastanelerin tesis, hizmet ve personelstandartlarının tespit edilmesine,) sınıflandırılmasına, sınıflarının değiştirilmesine, amaca uygun olarak teşkilatlandırılmasına ve bunların açılmalarına, faaliyetlerine, kapanmalarına ve denetlenmelerine ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir"[258].

Özel sağlık kuruluşları, hastalara sağlık hizmeti sunarken, hastaneye kabul sözleşmesi yaparlar. Hastaneye kabul sözleşmesi; iki farklı şekilde yapılabilmektedir. Tam hastaneye kabul sözleşmesinde; hastanın tıbbi tedavi hizmetlerinin dışında barınma, beslenme gibi diğer ihtiyaçları da yer almaktadır. Ancak bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde ise tıbbi tedavi hizmetleri ile hastanın barınma, beslenme gibi ihtiyaçlarının iki ayrı sözleşme şeklinde yapılması söz konusudur[259].

Tam Kabul Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

Hasta ile özel hastane arasında kurulan tam hastaneye kabul sözleşmesi ile özel hastane; hastanın tetkik, teşhis, tedavi, beslenme, barınma ve diğer tüm hizmetlerini yerine getirme edimini üstlenecektir. Bu sözleşme ile hasta; verilen hizmetlere karşılık olarak ücret ödeyecektir. Tam hastaneye kabul sözleşmesi ile özel sağlık kuruluşu, hastaya karşı, hem hekimin hem de diğer personelin verdiği zararlardan doğrudan sorumlu olacaktır. Bu yüzden özel sağlık kuruluşlarında verilen hizmet sonucunda, zarar gören hasta, hastanenin kendisine karşı dava açacaktır. Hekimin özel hastanelerdeki istihdamı, ifa yardımcısı şeklindedir.Bu yüzden hekimin uyguladığı tıbbi müdahaleler, haksız fiil kapsamında ise sorumlu tutulabilecektir. Hekim ile özel hastane arasındaki hukuksal ilişki, iş sözleşmesi kapsamındadır. İş sözlezmesi tanımı: *"İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tâbi değildir"*[260]. Bu yüzden, özel

---

[258]ÖzelHastanelerYönetmeliği1.Maddesinebakınız.https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=4854&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeligi&mevzuatTertip=5,ErişimTarihi:30.06.2021.

[259] Akipek Öcal/ Özenbaş Boydağ/ Avcı, **Sağlık Hukuku**, s.113.

[260] 4857 Sayılı İş Kanunun 8. maddesine bakınız.

https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf, Erişim Tarihi:30.05.2021.

hastanede çalışan hekimler de özel hastaneye bağlı olarak iş görme edimini üstlenmelidir. Hekimler, işverenin belirlediği yerlerde ve zamanda, işverenenin talimatları doğrultusunda, hastalara verilecek olan sağlık hizmetlerinin sunumunda yer alacaklardır. Bu nedenle, özel hastanede çalışan hekim ile hasta arasında direkt kurulmuş bir sözleşme mevcut olmamasından dolayı, hasta hekime, direkt, zarardan dolayı sorumluluk yolu ile başvuramayacaktır.

Sonuç olarak hekim, özel hastanede, tam kabul sözleşmesince uyguladığı tıbbi müdahaleden dolayı, direkt sorumlu tutulamaz, ancak işverenin kusursuz sorumluluğunun olduğu süreçte, hekimin bizzat kusuru varsa, haksız fiil kapsamında hastaya karşı sorumlu tutulabilecektir.

Bölünmüş Kabul Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

Bölünmüş Kabul Sözleşmesinde; özel hastanenin barınma, beslenme vb. gibi hizmetleri üstlendiği bir edim söz konusudur. Hastanın alacağı tedavi hizmetleri ise ayrı bir sözleşme ile hekimle yapılmaktadır. Hekim, tedavi hizmetleri bakımından, özel hastane ile beslenme barınama vb gibi hizmetler bakımında iki ayr sözleşmede iki ayrı taraf olarak yer alacaklardır. Bu yüzden tedavi hizmetleri ile ilgili hastada doğacak zarardan direk sözleşmenin bir tarafı olan hekim sorumlu tutulavaktır. Bununla beraber özel hastanenin işletmesinden doğan zarardan ise direk özel hasrane sorumlu tutulacaktır.

5.1.3. Kamu Sağlık Kuruluşlarında Çalışanın Hukuki Sorumluluğu

Hasta, sağlık hizmeti almak için kamu hastanesine başvurmuşssa; hekimin uygulayacağı tıbbi müdahalenden dolayı oluşan zarardan idare sorumlu olacaktır. Kamu görevlisi olan hekim ile hasta arasında, doğrudan bir ilişki yoktur. Hasta ile kamu hastaneleri arasındaki ilişki ve sorumluluk:

"Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır"(md. 40)şeklinde açıklanmaktadır. Kamu görevlisi konumunda olan hekimlerin direkt sorumlu olmayacağı, Devlet Memurları Kanunda şu şekilde yer almaktadır: "*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları*

zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar"(md. 13).

ALTINCI BÖLÜM

HEKİMLERİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Hekimler, hastalarına tıbbi müdahalede bulunurken, tek amaçları, hastalarının biyopsikosisyal olarak tam iyilik hallerinin devamını sağlamaktır. Hekim, hastasına müdahale ederken, haklarına saygı göstermelidir. Hastaya yapılacak girişim öncesi, aydınlatılma yapılarak rızası alınmalıdır. Hekimler, tıbbi müdahaleleri uygularken, kendi kusurları veya hukuka uygunluk halleri bozacak durumları nedeniyle, cezai ve hukuki anlamda sorumluluk altına girebileceklerdir.

Tarihte ilk hukuk kuralları olarak bilinen Hamurabi kanunlarına göre, hekim yaptığı hatalı müdahale sonucunda, hastasının ölümüne neden olmuşsa elleri kesilmekteydi. Tarihten günümüze kadar yapılan değerlendirmeler sonucunda, hekimlerin yaptığı mesleğin kutsallığı ve yaptıkları işin zorlukları bir tarafa konularak, hekimlerin kasıtları, hataları, dikkat ve özen yükümlülüklerine aykırı davranışları sonucunda, hastaya zarar vermesi karşısında, ceza hukuku açısından sorumlu tutulduklarını görmekteyiz. Hekimlerin tıbbi müdahalelerini, ceza hukuku anlamında, ceza verilecek eylem olarak nitelendirilebilmesi için suç ve ceza kavramlarını genişçe ele almak yerinde olacaktır.

6.1. CEZA HUKUKU

6.1.1. Genel Olarak

Suç veya kabahat şeklinde değerlendirilen birtakım insan eylemlerinin ve bunlara uygulanacak yaptırımların özelliklerini ve sonuçlarını ortaya koyan kuralların tamamına ceza hukuk denilmektedir. Ceza hukukunun uygulanmasını sağlayan ve çok sıkı ilişki içinde bulunan ceza muhakemesi hukukudur. Ceza muhakemesi hukuku; ceza hukuku anlamında kesin olarak suç şeklinde

niteleneneylemlerin, kanunlara aykırılığını ortaya koymak ve normlara aykırılık varsa onlara karşılık gelecek yaptırımların uygulanmasını sağlar.[261]

Ceza hukuku, toplumun sosyal olarak tam iyilik halinde olmasını sağlayan araçlardan sadece bir tanesidir. Sosyal ve hukuk devleti yapılanması olan ülkelerde, toplumun sosyal olarak tam iyilik halinde olmasını sağlamak için, devletin ilk başvurduğu araç, ceza normları olmamalıdır. Ceza hukukunun görevi; bireyin veya örgütlenmiş birey olarak tanımlanabilecek toplumun, kendisine karşı meydana gelecek saldırılardankorumak olmalıdır. Ceza hukukunun, toplumun sosyal olarak tam iyilik halinde kalması için iki önemli görevi vardır. Genelönleme şeklinde değerlendirilen, toplumda hiçbir suçun cezasız kalamayacağı anlayışının yaygınlaştırması, ikinci görevi ise, özel önleme şeklinde kendini gösteren, kişinin işlediği suçun cezasının çekmesi sürecinde topluma entegrasyonunu sağlamak olarak görülür.[262]Aslında ceza hukukunu, kanunlara aykırı davranıp, suç işleyen bireylere karşı, devletin kanunlara ve düzene sahip çıkmak adına verdiği tepki olarak görmek yerinde olacaktır.

Ceza hukukuna egemen olan ilkelerin en önemlisi, hukuk devleti anlayışıdır. Temelde hukuk devleti, adaletin sağlanmasını gerçekleştirerek, toplumun güven içerisinde yaşamasını sağlayacaktır. Toplumda, adalet duygusunun yerleştirilmesi ile insanların kanun önünde eşit olması, her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırıldığını ortaya koymakla mümkün olacaktır. Adalet düşüncesi ile çok sıkı ilişki içinde bulunan, temel insan haklarının, günlük hayatımızda hayat bulmasını sağlayan araçlardan bir tanesi de ceza hukukudur. Dolayısıyla ceza hukukunun temel prensiplerinden biri, insan onurunu koruyan ve insan haklarına dayanmış olmasıdır. İnsanlar, güvenli bir toplum içerisinde yaşamak isterler; bunun için de en önemli faktör, hukuk devleti olgusudur. Hukuk devleti olgusu içerisinde, toplumun refah ve güvenlik içerisinde yaşamasını sağlayıp ve toplumun sosyal olaraktam iyilik halinde olmasını sağlayan en önemli araç, ceza hukuku olacaktır.

---

[261] Bahri, Öztürk / Mustafa Ruhan, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık,2014,Ankara, s.26.

[262] Öztürk/ Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s.28-30.

Ceza hukukunun, bir taraftan bireyin toplum içerisinde güvenli bir şekilde yaşamasını sağlarken, diğer taraftadevletin cezalandırma yetkisine de bir sınırlandırma getirmesi gerekecektir. Bu da ceza hukukunun yasallığı ilkesi ile mümkün olacaktır. Ceza hukukunun yasallığı ilkesi; yasama, yürütme, yargı erkleri ile beraber tüm toplumu bağlayacaktır. Bu ilke, bireyin toplum içerisinde yaşarken hangi eylemlerinin suç kapsamında olacağını ve nasıl cezalandırılacağını, önceden bilmesini sağlayacak ve ortaya konacak yaptırımlarında, ancak kanunlarla sınırlarının belirleneceğini topluma gösterecektir. Ceza hukukunun yasallığı ilkesine Anayasamızdaşu şekilde yer verilmiştir:

"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz

Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edileme" (md. 38).

Ceza hukukunun kanunilikilkesinin, anayasamızda yer alması, kanun koyucunun bu konudaki tasarruf yetkisini de sınırlandırmıştır[263]. Ceza hukukunun kanuniliği ilkesinin, temel insan haklarının koruma altına alınması için önemli olduğu ve suç, cezanın ancak kanunla belirlenebileceği vurgusu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi şu şekilde yer almaktadır:

"1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

[263] Öztürk/ Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s.37.

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir"[264].

Sonuç olarak, bir devletin hukuk devleti olduğunun en önemli göstergelerinden biri olan ceza hukukunun kanunilik özelliği; bireyin, toplum içerisinde yaşarken, hangi eyleminin suç kapsamında olduğunu bilmesi ve bu sayede toplum içerisinde nasıl yaşaması gerektiğini belirlemesini sağlayacaktır. Ayrıca ceza hukukunun kanuni olması özelliği, yargı veya yürütme erkinin keyfi davranışlarına da bir sınırlama getirerek, toplumda adalet duygusunu pekiştirecektir.

6.1.2. Suç Kavramı ve Unsurları

Bireyin, ortaya koyduğu eylemin hukuka uygun olup olmadığını veya suç kapsamında olup olmadığını yukarıda da anlattığımız gibi ancak kanunla ortaya konulabilir. İnsanların, toplum içinde refah ve güven içinde, birlikte yaşamalarını sağlayan bazı kuralların ihlal edilmesi şeklinde kendini gösteren insan eylemlerini suç olarak tanımlayabiliriz. Suç genel teorisi kapsamında; suç denilince, kusur yeteneği bulunan bir kimsenin, kanuna uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir hareketi anlaşılır[265]. Bu özelliklerin bir arada olduğu eylemlere suç denilmektedir, kanunda da bu suça uygun cezai yaptırım yer almakatadır. Suç varsa, kanunla suça uygun cezai yaptırım da olacaktır. Bireylerin bazı eylemleri, hukuka aykırı olup, suç kapsamında değerlendirilmeyecektir; haksız fiil, idari yaptırım gerektiren fiiller, güvenlik tedbiri gerektiren fiiller.

Modern ceza hukukunun ilgilendiği temel nokta, birey tarafından gerçekleştirlen fiil olacaktır. Bir bireyin gerçekleştirdiği fiili, suç olarak tanımlayabilmemiz için; suç fiilininkanunda ortaya konulan tanımına uygun, suç fiilinin hukuka aykırı olması, kişinin suçu kendi iradesi ile işlemesi ve suçun manevi unsurunun bir arada olması gerekir. Suçun maddi ve manevi olmak üzere iki unsuru vardır. Maddi unsur; bireyin gerçekleştirdiği fiilin, kanunda yer alan şekliyle

[264] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. maddesine bakınız. https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, Erişim Tarihi:01.06.2021.

[265] Öztürk/ Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s.143.

gerçekleşmesi ve sonucu ile nedensellik bağının olmasıdır. Manevi unsur ise; kişinin kast ve taksir saikiyle suç fiilini gerçekleştirmesi şeklînde açıklanabilir[266]. Tamamlanmış bir kasıtlı suçun üç unsuru mevcuttur: 1.Tipiklik, 2. Hukuka aykırılık, 3. Kusur.

6.1.2.1. Suçun Tipikliği

Suçun tipiklik unsuru; bireyin fiilinin, kanunda yazılı olan haksızlık esasını oluşturması ve bu davranışın, kanun tarafından cezalandırılabilir olarak görülmesidir. Yani bireyin hangi eyleminin, suç olarak tanımlanacağı kanunda sayılmış olmasını, suçun tipe uygun olması kavramı ile açıklayabiliriz. Suç, kanundaki tipine uygun bir şekilde oluşmuş ise yine kanun tarafından bu suça karşılık cezalandırma yapılacaktır. Ceza kanununda yer alan suç tipleri, herhangi bir hukuksal yararı bozan, hukuka aykırı eylemler olarak açıklanır. Bu anlamda suç tipleri, bize hareketin niteliği hakkında ayrıntılı bilgi verir ve bu hareketin kanunda yer alan suç tipini ihlal edip etmediğini ortaya çıkarır.

Suçun tipikliğinin unsurlarını, objektif ve sübjektif iki şekilde ortaya koyabiliriz. Tipikliğin objektif unsuru; bireyin fiilinin, dış dünyada nasıl göründüğüyle ilişkilidir. Objektif unsurları; fail, mağdur, gerçekleştirilen fiil, fiil ile nedensellik bağı içerisinde gerçekleşen sonuç olarak ortaya koyabiliriz. Suçun tipikliğinin sübjektif unsuru ise failin iradesinin şekli ile ilgili olan kavramlardır.[267]

6.1.2.2. Hukuka aykırılık

Hukuka aykırılık; bireyin eyleminin, hukuk düzeni tarafından kabul edilemez olarak görülmesi şeklinde tanımlanır. Hukuka aykırılık ile tipiklik, beraberce değerlendirilir ve bireyin eylemi ile ilgili olarak titpiklik unsuruna uyması, aynı zamanda hukuka aykırı da olduğunu ortaya koyacaktır[268]. Ancak bazı durumlarda, tipiklik olmasına rağmen, hukuka aykırı olarak değerlendirilmeyebilir. Bireyin eyleminde, tipiklik unsuru mevcut, fakat hukuka aykırı bir durum mevcut değilse bireyin fiilini, cezalandırma imkanı olmayacaktır. Dolayısıyla bir fiilin, tipiklik

---

[266] Hakan, Hakeri, **Ceza Hukuku**, 10.baskı, Adalet Yayınevi, Ankara,2011,s.109-193.

[267] Öztürk/ Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s.166.

[268] Öztürk/Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s.202-204.

unsurunun olmasına rağmen, işlenen fiile karşılık gelen cezanın uygulanamaması durumuna hukuka uygunluk sebepleri denilmektedir. Yani bir fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırarak, eylemi hukuk düzeni açısından meşru hale getiren sebeplere hukuka uygun nedenler denilmektedir[269]. Bu durumun tersi olarak; bir eylemin hukuka aykırı olması, onun ceza hukuku açısından cezalandırılacağı anlamına gelmez, eylemin cezalandırılabilmesi için tipiklik ve hukuka aykırılık unsurunun birlikte mevcut olması gerekir. TCK'da sayılan hukuka uygunluk nedenlerini kısaca başlıklar altında şöyle sıralayabiliriz:

-Kanun hükmünün yerine getirilmesi,

-Hukuka uygun olan yetkili amirin emrinin yerine getirilmesi,

-Meşru savunma,

-Zorunluluk hali,

-Hakkın kullanılması,

-İlgilinin rızası.

6.1.2.3. Suçta Kusurluluk

Bireyin gerçekleştirdiği eylemin cezalandırılabilmesi için tipe uygun, hukuka aykırı olmasının yanında, bireyin kusurlu olması da gerekir. Çağdaş ceza hukuku, kusur sorumluluğuna önem vermektedir, yani kusursuz cezalandırmayı kabul etmemektedir[270]. Kusur; bireyin, yaptığı eylemin hukuka uygun olmadığını bildiği halde, bu eylemi uygulamaya devam edip, hukuka aykırı sonucun ortaya çıkması şeklinde tanımlanabilir. Bir bireyin gerçekleştirdiği fiilin, kusurlu sayılması için; hukuka aykırı olduğunu bilmesi, eyleminin alternatifi olarak hukuka uygun olan başka bir eylemi yapabiliyorken, kusurlu davranışı seçmesi gerekmektedir[271]. Kusur tespiti yapılırken, eylemin sonucu ile olan ilişkisi araştırılmaz, bireyin fiili ile kusurluluk arasındaki ilişkiye bakılacaktır. Kusur tespiti yaparken, kişinin ortaya

[269] Hakeri, **Ceza Hukuku**, s.250-254.

[270] Hakeri, **Ceza Hukuku**, s.193.

[271] Öztürk/ Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s.245.

koyduğu fiili gerçekleştirirken, kendi özgür iradesiyle harekete edip etmediği çok önemli hale gelecektir. Ceza hukuku açısından, irade özgürlüğünden kast edilen, kişinin fiziksel ve psikolojik iradesinin tam olması, yani kusur yeteneğinin oluşması gerekecektir. Bireyin eyleminin suç olarak tanımlanması için, kusur yeteneğinintam olması, yani birey yaptığı hareketin bir haksızlık oluşturduğunu bilmeli ve kendi iradesiyle harekete geçmelidir[272]. Bu anlamda kusur yeteneğini etkileyen durumlar şunlardır:

-Yaş küçüklüğü,

-Sağır dilsizlik,

-Akıl hastalığı,

- Geçici nedenler(irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde alımı).

Birey, bir fiili ortaya koyarken, yukarıda saydığımız kusur yeteneğini bozacak hallerden birine sahip değilse, yaptığı eylemin hangi kusur haliyle işlediğine bakılacaktır. Bu konuda TCK md.21/1 de; *"Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır"* şeklinde yapılan değerlendirme ile kusur ortayakonulurken, asıl sorumluluğun kast olduğu ortaya konulmaktadır. Kast, TCK md.21/1'de: *"... suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir"*şeklinde tanımlanmıştır. Ancak kastın konusunu, sadece bireyin eylemi olmamalı, bunun yanında şu unsurlarda da kastın varlığı gerekir: *"hareket, suçun konusu, netice, nedensellik, failin sıfatı, fiilin işlenme yeri, işleniş biçimi, nitelikli haller"*[273]. Kişinin kastının oluş biçimleri,"doğrudan kast ve olası kast" olmak üzere iki şekilde ifade edilmektedir. Doğrudan kast: Birey, ortaya koyacağı fiilinin kanunda suç olarak tanımlanan, tipe uygun unsurları taşıdığını ve bununla birlikte kanunda suçun netice itibariyle de unsurlarının oluşacağını bilmesi ve öngörmesine rağmen, bu suçu işlemesi şeklinde tanımlanabilir. Olası kast: Bireyin belli bir amaç doğrultusunda harekete geçmesiyle, yan neticelerin ortaya çıkması şeklinde tanımlanabilir. Olası

[272] Öztürk/ Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Huk**uku, s.245-248.

[273] Öztürk/ Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s.261.

kastta, fail yan neticenin oluşabileceği ihtimalini öngörse bile asıl neticenin gerçekleşmesi amacıyla harekete geçecektir[274].

Bireyin herhangi bir eylemi meydana getirirken, üstüne düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmayarak, oluşabilecek sonucu öngörmemesi hali, taksir olarak tanımlanacaktır. TCK, aksirle işlenen suçu, bilinçli ve biliçsiz taksirli suç diye ikiye ayırmıştır: *"Bilinçsiz taksir: Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir. Bilinçli Taksir; Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır"*[275]. Taksirli suçlar tamamen ayrı bir kusurluluk türüdür, kasıtlı suçlardan bağımsız olan suç türleridir.

Hekimlerin hastalarına tıbbi müdahalelerde bulunması esnasındaki fiilerini de cezai sorumluluğu açısından, yukarıda yer alan aynı esaslar ile ele alınmalıdır. Tıbbi müdahalenin kendisi ve sonuçları itibariyle suç sayılabilmesi; tipiklik,hukuka aykırılık ve kusurluluğun oluşmasına bağlı olacaktır. Hekimlerin uyguladığı tıbbi müdahalenin cezai sorumluluğunda en önemli husus, tıbbi müdahalenin hukuka uygun şekilde yapılıp yapılmadığıdır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için gerekli şartlar; "Tıbbi müdahale yapan kişinin bu konuda yetkili olması, tıbbi müdahale yapılmasına hastanın rızasının olması, tıbbi müdahalenin objektif bilimsel veriler ışığında gerekli olması ve buna bağlı olarak yapılması"dır.

Hekimler, hastalarına uyguladığı her tıbbi müdahale için yetkilendirilmiş kişiler olarak görülmektedirler. Nitekim hekimlerin bu konuda yetkili olduğu, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde: *"Tabip ve diş tabibi, ilmi İcaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez"*[276]yer almaktadır.

---

[274] Zeki Murteza, Albayrak, **Türk Ceza Kanunu**, 8. baskı, Adalet Yayınevi, 2011,Ankara s.51.

[275] TCK 22. maddesine bakınız.

[276] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13. maddesine bakınız.

Herhangi bir tıbbi müdahalenin suç haline gelebilmesi için hukuka aykırı olması gerekecektir. Tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olması için; tıbbı müdahalenin hukuka uygun olması için gereken şartlardan birisinin eksik yapılmasıyla oluşacaktır. Ancak ceza huku açısından tıbbi müdahalenin bir suç fiili olarak değerlendirilebilmesi için TCK 24. ve 26. Maddelerinde sayılan hukuka uygunluk sebepleri olmamalıdır. Hekimlerin uyguladığı tıbbi müdahalenin, suç unsurlarından hukuka aykırılık unsurunu içerip içermediği önem kazanacaktır. Tıbbi müdahalenin yetkili kişilerce yapılıp yapılmadığı hem özel hukuk hem de ceza hukuku anlamdan önemlidir. Çünkü bu durumun tespitiTCK md.26'da *"Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez"* şeklinde yer almaktadır; yetkili kişinin kullanacağı hakkı, olması gerektiği gibi kullanmasını hukuka uygunluk olarak tanımlamış ve suç vasfında olmayacağını ortayakoymuştur. Bu yüzden, bir tıbbi müdahalenin suç oluşturup oluşturmadığını saptamak için, ilk yapılması gereken, yetkili kişi tarafından yapılıpyapılmadığına bakılmalıdır. Bundan sonraki aşama ise yetkili kişinin bu hakkı olması gerektiği gibi yerine getirip getirmediği. Tıbbi müdahalede bulunan hekim, bu müdahale açısından yetkili bir kişi olsa bile tıbbi müdahalenin tamamen hukuka uygun hale gelmesi için hastanın rızasının alınmış olması ve bu müdahalenin bilimsel veriler ışığında yapılmış olması gerekir. Aksi takdirde, yapılacak tıbbi müdahale yetkili kişi tarafından yapılsa bile hukuka uygun olarak yapılmış sayılmayacak ve suç vasfında değerlendirilebilecektir. Tıbbi müdahale açısından yetkili olan hekimlerin, bu kapsamdaki fiilerinin hukuka uygun olarak değerlendirilebilmesi için şu koşulları içermesi gerekecektir:

-Tıbbi müdahalede bulunacak hekimin direkt bu müdahale açısından yetkilendirilmesi gerekir. Bu yetkilendirme, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde net bir şekilde hekimlere tanınmıştır: *"Tabip ve diş tabibi, ilmi İcaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez"*.

- Hekimin, tıbbi müdahalede bulunma hakkını, kendisine verildiği ölçüde ve şekilde yerine getirmesi gerekecektir. Bu yüzden tıbbi müdahale yapılırkenmutlaka hastanın rızasının alınmış olması ve müdahalenin objektif bilimsel veriler ışığında yapılmış olması gerekir. Dolayısıyla tıbbi müdahalede bulunabilme yetkisi olan

hekimin, hakkın sınırlarının aşması veya olması gerektiği gibi görevini yerine getirmemesi, hukuka uygunluk sebepleri önünde engel olacaktır.Kişiye,hukuk düzeni tarafından, birtakım haklar verilmiş olabilir, ancak kişiler, bu hakkı, hukuk düzeninin belirttiği şekilde kullanmak zorundadır; aksi takdirde bu hak kötü şekilde kullanılmış sayılacak ve hukuk düzeni, bunu da koruma altına almayacaktır. Hakkın kötüye kullanılmasına Türk Medeni kanunu 2/2. "*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz"* şeklinde yer vermiştir.

- Hukuk düzeninin hekime tanıdığı tıbbi müdahalede bulunma hakkı ile bu müdahale eylemi ve sonucu arasında illiyet bağının olması gerekir. Yani isnat edilebilecek suç fiili ile hekimin tıbbi müdahale hakkı arasında nedensellik bağı olmalıdır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale helmesi için, önemli ikinci kriter ise hastanın rızasıdır. Nitekim kişinin rızasının hukuka uygunluk sebebi olacağı;TCK 26/2'de şu şekilde yer almaktadır: *"Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez."* Hasta kendi vücudu üzerinde mutlak bir hakka sahip olduğundan dolayı, hekimin tıbbi müdahalesine onay vermesi, hekimin eylemini hukuka uygun hale getirecektir. Ancak kişinin vücudu üzerinde ise tasarruf yetkisi sınırsız değildir. Hastanın rızasının, hukuka uygunluk sebebi sayılacağı kanunda açık olmasına rağmen, bu rıza; kanuna, ahlaka ve genel edep kurallarına aykırı olmaması gerekir. Ayrıca yaşama hakkı bağlamında, kişinin kendi vücuduna zarar verecek ağır müdahalelere veya yaşamına son verilmesine rızası, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmeyecektir. Bu yüzden hastanın sağlığının daha iyi olması için yapılacak tıbbi müdahaleler için verilen rıza, hukuka uygunluk sebebi olaraksayılacaktır. Hastanın vereceğirızanında, hukuka uygun olması için mutlaka rıza verecek kişinin rızayı vermeye ehil olması gerekir. Rıza gösteren hasta, eğer uygulanacak tıbbi müdahalenin ne anlama geldiğini ve sonuçlarını kavrama açısından algılama yeteneği varsa, rıza ehliyeti mevcut olduğu şeklinde değerlendirme yapmak gerekir. Ayrıca rızanın, tıbbi müdahale edilmeden önce alınması gerekir. Aksi takdirde rıza alınmamış sayılır ve tıbbi müdahale hukuka aykırı olarak değerlendirilip suç kapsamına alınacaktır.

Sonuç olarak hekimin, hastasına uyguladığı tıbbi müdahalenin suç eylemi kapsamında değerlendirilmemesi için bu müdahaleyi yapan hekimin, hukuk düzeni tarafından yetkili kişi olarak tanınması, hastanın rızasının alınması, bu müdahale kararının objektif bilimsel verilerle alınması ve dikkat özen yükümlülüğü ile hareket etmesi gerekir. Ceza hukuku açısından, tıbbi müdahale, iki açıdan hukuka uygun hale gelecektir: hukuk düzenin tanıdığı hakkın kullanılması, kendi vücudu üzerinde mutlak tasarruf yetkisi olan hastanın rızası, hekimin dikkat ve özen yükümlülüğü. Bu koşullardan birinin yokluğu tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecek ve hekimin cezai sorumluluğu olacaktır. Hekimin cezai sorumluluğu kapsamında özel olarak meydana gelebilecek suç türlerini, aşağıda ayrıntılı bir şekilde ele almaya çalışacağız.

6.2. CEZA HUKUKU AÇISINDAN HEKİMLERİN İŞLEYEBİLECEĞİ SUÇLAR

6.2.1. Kasten Öldürme İle Kasten Yaralama Suçları Bakımından Hekimin Cezai Sorumluluğu

Kasten öldürme ve yaralama suçları ile korunan hukuki değer, insanın mutlak haklarından olan ve asla dokunulamayan yaşam hakkıdır. Anayasamızın md. 17/1 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) md.2'de sıkı bir şekilde koruma altına alınan yaşam hakkı, doğal haklardan olup, insanın doğuştan var olan, devredilmesi mümkün olmayan, vazgeçilemez temel çekirdek haklarındandır.

Herhangi bir kişinin, kasten öldürme veya kasten yaralama suçunu işleyebilmesi için ortada canlı ve halen yaşamakta olan bir mağdur olmalıdır. Dolayısıyla ceza hukuk açısından, kişinin sorumluluğu incelenirken mağdurun canlı ve yaşıyor olması dışında, diğer özelliklerinin herhangi bir önemi yoktur. Sonuç olarak bu suçlar bakımından, bir insanın canlı ve yaşayan bir varlık olarak kabul edilme anı önemli olacaktır. İnsanın yaşayan bir varlık olarak kabul edilme anı, anne rahminden sağ ve tam olarak canlı çıkması olarak kabul edilmektedir[277]. Dolayısıyla anne karnındaki cenine karşı işlenen suçlar, öldürme veya yaralama suçları

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

kapsamına alınamayacak, ancak çocuk düşürme veya düşürtme suçlarının konusu olacaktır. İnsan yaşamının ne zaman sonlanmış kabul edilmesi gerektiği sorusuna verilen bilimsel cevap, beyin ölümünün gerçekleştiğinin bilimsel olarak kabul edildiği andır. Beyin ölümünde, kişinin vücudunu yönetebilme kabiliyetinin tamamen ve geri dönüşümsüz olarak kaybedildiği varsayılıp, bu kişi, bu andan itibaren ölmüş kabul edilir[278].

Yukarıda anlattığımız gibi, hekimin uyguladığı tıbbi müdahalenin, hukuka uygun hale gelmesi için; hekimin tıbbi müdahale açısından yetkili kişi olması, hastanın aydınlatılmış onamının alınmış olması, hekiminin tıbbi müdahale için kararlar alırken objektif bilimsel veriler ışığında hareket etmiş olması, dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmemiş olması gerekir. Bu şartlardan birinin eksikliği, hekimin yapacağı eylemi kasten işlenmiş suçların fiili kapsamına alabilecektir.

Hekimlik mesleği, insanların sağlığını koruma amacı olan bir meslek sınıfı olması sebebiyle, kasten öldürme veya kasten yaralama suçlarının faili olması çok ender rastlanılacak bir durumdur. Örneğin; hastanın aksi yönde rızasının olmasına rağmen, hastanın rızası dışında tıbbi müdahaleyi uygulamak, objektif bilimsel verilerle endikasyon olmadığı halde tıbbi müdahalenin yapılmış olması gibi durumlarda, hekim ceza hukuku açısından kasten yaralama veya kasten öldürme suçunun faili haline gelmiş olacaktır. Bu tip örnekler, prtaikte çok karşılaşılmasa bile hekimlerin kasten öldürme veya kasten yaralama suç tipinin faili olması daha çok ihmalidavranış şeklinde olmaktadır.

Kasten öldürme, TCK'nın 81. maddesinde;*"Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır"* şeklinde düzenlenmiştir. TCK'nın 83. maddesinde, ihmali davranışla kasten adam öldürme şu şekilde tanımlanmıştır:

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

[278] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.478.

İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir.

Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir''[279].

TCK, kasten yaralamayı şu şekilde düzenlemiştir:

''Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır''[280].

Ayrıca TCK, kasten yaralamının da ihmali davranışla gerçekleşebileceğini şu şekilde açıklamıştır:

''Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir. Bu hükmün uygulanmasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin koşullar göz önünde bulundurulur''[281]

Herhangi bir kişinin, ihmali davranış ile kasten öldürme veya kasten yaralama suçunun faili olabilmesi içinkendisinin yükümlü olduğu belli bir davranışı yapmaması gerekecektir. Ancak sorumlu olduğu yükümlülüğü, yerine getirmemesi eylemi, icrai harekete eş değer olması gerekir. Her ihmali davranış, kasten öldürme veya kasten yaralama suçuna neden olmamaktadır. Burada önemli olan nokta,

[279] TCK 83. maddesine bakınız.

[280] TCK 86. maddesine bakınız.

[281] TCK 88. maddesine bakınız

kanunun veya sözleşmelerin, yükümlülük verdiği kişinin sorumluluğunu yerine getirmemesidir. Yani kişinin ihmali davranış ile beraber, kendisine hukuki mevzuat veya sözleşme ile verilen garantörlük sıfatının gereklerini yerine getirmemesi gerekir. Garantörlüğü, tipik neticenin oluşmasını engelleme konusunda bir kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan yükümlü tutulan kişiler olarak tanımlayabiliriz[282]. Hekimlerin de; kanundan ve mesleklerinden dolayı, hastayla aralarında kurulan hekimlik sözleşmesindenötürü, garantörlük sıfatı mevcut olup,birtakım yükümlülükleri vardır.Örneğin hekimler, Hususi Hastaneler Kanunu'nun 32. maddesi ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 18. maddeleri uyarınca,acil hallerde hastalara müdahalede bulunma yükümlülüğü mevcuttur. Bununla birlikte Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 57. maddesi ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 154. maddeleri de, hekime tedavi yükümlülüğü getirmektedir. Bu yüzden, hekimin, hastasına karşı yükümlülükleri, garantör olma şeklinde açıklanıp, hekimin bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi de icrai harekete eş değer görülmüş olup, hekimin ihmali davranışla kasten öldürme ve yaralama suçlarının faili haline getirebilecektir[283]. Hekimlerin hastalarına olan yaklaşımını ve her olaydakisaikini, her fiilin kendi özelinde ayrıca değerlendirmek gerekecektir. Buna örnek olarak, bir hekimin acile gelen hastayı görmeden, bir başka hastaneye göndermesi ve hastanın nakil esnasında kötüleşerek hayatını kaybetmesinde olduğu gibi, hekim mesleği gereğince yapması gereken yükümlülüklerini yerine getirmemiş sayılır ve ihmali davranış ile adam öldürme suçunun faili olarak değerlendirilebilecektir. Örnek verilen bu olayda; hekim, kanunun ve hekimlik sözleşmesinin kendisine verdiği yükümlülük gereği, hastasına ilk ve hayati olan müdahaleyi yapması ve daha sonra sevk işlemlerini değerlendirmesi gerekirdi.

6.2.1.1. Kasten Öldürme Suçu Bağlamında Ötenazi

Ötenazi sözcüğü, Yunanca kökenli olup, güzel ölüm anlamında kullanılmaktadır. Literatürde ise tedavisi münkün olmayan ve dayanılmaz acılar içinde olan hastaların, kendi istekleri ile yaşamlarına son verilmesi olarak

[282] Özbek VÖ, Kanbur MN, Doğan K, Bacaksız P, Tepe İ. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015,s.1066-78.

[283] Hakeri, **Tıp Hukuku,** s.491-497.

açıklanmaktadır[284]. Hukuki bağlamda, ötenazi hakkında yapılacak bir diğer tanımlama da;*"ölümün kaçınılmaz olduğu ve tıp biliminin verilerine göre iyileştirilmesi olanağı olmayan veya dayanılmaz acılar içinde olan kişinin, tıbbi yollarla öldürülmesi veya tıbbi yardımlar kesilerek ölüme terk edilmesi"* şeklindedir[285].

Teknolojik ve bilimsel gelişmelerle, yaşam sınırı her geçen gün daha çok artmaktadır. Ancak ölüm yaş ortalamasının artması ile beraber, birçok kronik hastalıklar ortaya çıkacak ve bununla beraber, hastanın günlük yaşamında aksaklıklara neden olacak durumlar oluşacaktır. Bu yüzden günümüzde, ilerlemiş yaşı olan kişilere ötenazi boyutuyla müdahaleyi veya ciddi hastalıklarından ötürü kişilerin ızdırapçekmelerininengellmesi adına yapılacak tıbbi müdahalenin, yaşam hakkını ihlal edip etmediği hakkında yoğun tartışmalar yaşanmaktadır. Ülkemizde ve Dünyanın birçok ülkesinde, ötenazi ile ilgili olarak yapılacak müdahaleler,yaşam hakkı kapsamında değerlendirilmekte olup, ötenazi yasal olarak kabul edilmemektedir. Nitekim Anayasanın md.17/1' de ve İnsan Hakları Sözleşmesi md.2'de, yaşam hakkının kutsal bir hak olduğu, asla dokunulamayacağı ve kişinin kendi yaşam hakkından bile vazgeçemeyeceği ve mutlak bir hak olarak yer almaktadır. Yaşam hakkı ile ilgili İnsan Hakları Sözleşmesininilgilimaddesini zıt bir şekilde yorumlayıp, kişinin kendi yaşamını sonlandırma hakkının da olduğunu söylemenin yanlış olacağını ortaya koyan birçok AİHM kararı mevcuttur: Pretty/ Birleşik Krallık İle ilgili AİHM Kararında;*"Başvuran, tedavisi olmayan ve kasları etkileyen dejeneratif bir hastalık olan motor-nöron hastasıdır. Hastalığın son aşamalarının ıstırap verici olduğu göz önüne alındığında başvuran, nasıl ve ne zaman öleceğine karar verebilmeyi istemiştir. İntihar etmek İngiliz hukukunda bir suç teşkil etmezken, intihara yardım etmek suçtur. Hastalığı yüzünden, başvuran tek başına intihar edememektedir ve eşinden yardım etmesini istemektedir. Yetkililer, bu talebi reddettiği için, başvuran, eşinin kendisine ölmesi için yardım ettiğinde hakkında kovuşturma başlatılmayacağı konusunda teminat olmadığından şikâyetçi olmuştur".* Mahkeme, yaşam hakkının, dil çarpıtılmaksızın, tamamen zıttı olan ölüm

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

[285] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.483.

hakkını getirdiği şekilde yorumlanamayacağına hükmederek, Sözleşme'nin 2. maddesinin (yaşam hakkı) ihlal edilmediğine karar vermiştir[286].

TCK'da ötenazi, özel olarak düzenlenmediğinden dolayı, bu konu hakkında yapılacak değerlendirmelerceza hukuk genel hükümler çerçevesinde yapılacaktır. Bu konuyla ilişkili olarak TCK'nın özel olarak hüküm altına aldığı suç türü, intihar olup şu şekilde yer almaktadır:

"Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar"[287].

6.2.1.1.1. Ötenazi Türleri

a. Aktif Ötenazi

Tıbben iyileşmesi mümkün olmayan hastalığa sahip hastaların, dayanılmaz olan acı ve ıstıraplarına son vermek adına, icrai bir hareketle, hastanın kendi isteğiyle, tıbbi yollar ile yaşamına son verilmesi işlemine aktif ötanazi denilmektedir.[288] Ülkemiz hukukunda, aktif ötenazi ile ilgili bir düzenleme yoktur. Çünkü yaşam hakkı mutlaktır, kişiye özel olması nedeni ile devredilemezdir. Hekimler, yaşam hakkı bağlamında, hastaların acı ve ıstıraplarına son vermek

[286] https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_TUR.pdf, Erişim Tarihi:05.05.2021.

[287] TCK 84. maddesine bakınız.

[288] Arzu, Besiri, "Ötanazi ve Yaşam Hakkı" **TBB Dergisi**, 2009, (86), s. 192

amacıyla, böyle bir icrai harekete başvuramazlar, çünkü yaşam hakkının içeriği, kişinin kendi yaşamı üzerindeki tasarrufunu başkasına devretme yetkisi vermeyecektir. Hastanın kendi yaşam hakkı ile ilgili kararlarında tasarruf yetkisini, hekime devredemeyeceği ve ötenaziyi kesin dille yasaklayan hukuki düzenlemeler:

"Tabip ve diş tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir"[289].

" *Ötenazi yasaktır.*

Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez"[290].

Ötenazinin etik olup olmadığı ile ile ilgili olarak DTB'nin, Eylül 1992'de İspanya'nın Marbellakentinde yapılan 44. Dünya Tıp Toplantısında:*"Bir hastanın yaşamının bilerek sonlandırılması eylemi olan ötanazi, hastanın kendisinin ya da yakın akrabalarının isteği ile gerçekleştirilse bile etik değildir. Bu durum, hekimin, hastanın doğal ölüm sürecine izin verilmesi, durumunun hastalığın terminal evresinde izlenmesi yönündeki isteğine saygı duymasınaengeldeğildir"*[291].

TCK'da ötenazi ile ilgili özel hüküm yer almamaktadır. Ancak ötenazi eylemi ile hastanın yaşamına son verildiği için kasten adam öldürme suçu kapsamında değerlendirilecektir. Yaşam hakkı ile ilgili tasarruf yetkisi devredilemez olduğu için, hastanın bu işleme rıza göstermesi, hastanın yaşamına son verilmesini hukuka uygun hale getirmeyecektir. Ancak doktrinde, bu konu ile ilgili olarak tartışılan konu, hekimin hastanın acısını dindirmesaiki içinde olması halidir. Bu saikle davranan hekimin, iyi niyetle yaptığı bu eylemini, normal olarak kasten adam öldürme fiili olarak nitelendirilmemesidir. Genel olarak doktrinde kabul görmüş görüş ise hekimin

[289] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 14. maddesine bakınız.

[290] Hasta hakları Yönetmeliği 13. maddesine bakınız.

[291]https://hukukbook.com/hekim-yardimli-intihar-ve-otenazi-bildirgesi/, Erişim Tarihi: 05.05.2021.

hastasının ızdırabını azaltmak amacıyla yaptığı bu eylemi, TCK 62. maddesine göre indirim uygulanması yönündedir[292].

b. Pasif Ötenazi

Tıbben iyileşmesi mümkün olmayan hastalığa sahip hastaların, dayanılmaz olan acı ve ıstıraplarına son vermek adına, ihmali bir saikle, hekimin uygulaması gereken tedavi veya tetkikleri yapmaması sonucu, hastanın ölmesi şeklinde tanımlanır[293]. Pasif ötenazide, aktif ötenaziden farklı olarak icrai hareket ile değil, ihmali davranışla hastanın ölüme terk edilmiş olduğunu görmekteyiz.

TCK' de *"Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez"*[294]şeklinde bir açıklama yer almasına rağmen, yaşam hakkı mutlak ve devredilemez bir haktır. Yaşam hakkı ile ilgili, insan hakları doktrininde yapılan tartışmalar sonucunda, yaşam hakkının kutsallığına önem atfedilmiş olup, kişinin kendisinin bile yaşamını sonlandırma tasarrufunu, kimseye devredemeyeceği konusunda ortaklaşılmıştır. Kanaatimizce, yaşam hakkı ile ilgili olarak, hastanın kendi yaşamını sonlandırma tasarrufunu bir başkasına devredememesi nedeni ile hastanın ötenazi ile lgili olarak vereceği izni, hukuka aykırı kılacaktır. Bu yüzden hastanın ötenazi için izin vermesine karşın, hekimin de bu eylemi yerine getirmesi ihmali davranışla kasten adam öldürme suçu boyutuyla değerlendirilecektir.

c. Dolaylı Ötenazi

Tıbben iyileşmesi mümkün olmayan hastalığa sahip hastaların, dayanılmaz olan acı ve ıstıraplarına son vermek için verilen tıbbi tedavinin yan etki olarak ölüm sürecini hızlandırması şeklindeki ötenazi türüne dolaylı ötenazi denilmektedir[295]. Dolaylı ötenazide, hastanın acı ve ızdırabını azaltmak için verilen ilaçların yan etkileri hakkında, hastaya bilgi verilmiş olması ve hastanın da bu medikal tedaviye

[292] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 487.

[293] Besiri, "Ötanazi ve Yaşam Hakkı" s. 192; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 489.

[294] TCK 26/2 maddesine bakınız.

[295] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 488.

onay verme irdadesinin olması; hekimin direkt hastanın yaşamına son verme saiki olduğunu ortaya koymayacaktır. Bu yüzden kanaatimiz, dolaylı ötenazide hastanın veya hekimin yaşam hakkının sonlanması ile ilgili direkt bir tasarrufu olmadığından dolayı, tıbbi tedavinin verilmesi eyleminin herhangi bir suç kapsamına alınamayacağı şeklindedir.

Sonuç olarak ötenazi ile ilgili yapılan tartışmaların temelinde, tıbbietiksorunu yatmaktadır. Sonuçta, hekimlerin temel görevi, hastaların hastalıklarının tedavi edilmesi ve sağlıklı bir yaşam sürdürmelerini sağlamaktır. Bu yüzden insanların yaşamlarına son veridirilmesi şeklinde ortaya çıkan ötenazi kavramı; hekimlerin, yaşam hakkının savunucuları olarak, bu konuya tamamen tıbbi etik çerçevesinde değrlendirmelerine neden olmuş ve hekimlerin ötenazi kavramına karşı çıkmalarına neden olmuştur.

6.2.2. Taksirle Ölüme Neden Olma ve Taksirle Yaralama Suçları Bakımından Hekimlerin Cezai Sorumluluğu

Hekimin, hastasına uygulayacağı tıbbi müdahalenin, hukuka uygun hale gelmesi için tıbbi müdahalenin yetkili kişilerce yapılmış olması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınmış olması ve hekimin objektif bilimsel veriler ışığında dikkat, özen yükümlülüğü içerisinde tıbbi müdahaleyi uygulamış olması gerekir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelmesini sağlayan bu şartlardan herhangi birisinin yokluğu, hukuka aykırı bir durum yaratacak ve hekimin uyguladığı tıbbi müdahale, suç kapsamında değerlendirilebilecektir. Dolayısıyla, hekimin hastasından rıza almış olması, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan şartlardan sadece birisidir. Pratikte hekimlik uygulamalarında; hekimler, hastalarından aydınlatılmış onam alınmasının, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından yeterli olduğunu ve kendilerinin sorumluluktan kurtulduklarını zannetmektedir. Oysaki verilen bu rıza, kusursuz ve objektif bilimsel veriler ışığında yapılmış tıbbi müdahale içindir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne ve objektif bilimsel verilere uygun olmadan yapılan tıbbi müdahale, hastanın rızası var diye hukuka uygun hale gelmeyecektir[296].

[296] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 500.

Taksirle işlenen suçlar, TCK'de *"Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir"*[297] şeklinde açıklanmıştır. Yukarıda anlattığımız gibi kasten işlenen suçlarda, fail isteyerek ve bilerek suçu işlemektedir, ancak taksirle işlenen suçlarda ise failin olası neticeyi öngörmemesi veya öngörmesine rağmen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması sonucunda mağdurun zarar görmesi mevcuttur. Herhangi bir tıbbi müdahalenin, taksirle adam öldürme veya yaralama suçunun eylemi haline dönüşmesi için şu şartların birarada olması gerekecektir; hekim üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmamış olmalı, hekim sonucu öngörmüş olmalı, ancak bu sonucun oluşmasını istememiş olmalı, yapılan tıbbi müdahale ile ortaya çıkan olumsuz sonuç arasında illiyet bağı bulunmalıdır.

Taksirle ölüme veya yaralamaya neden olma suçları hem ihmali hem de icrai şeklinde ortaya çıkabilir[298]. Hekimin yanlış tedavi uygulaması, yanlış ilaçlar kullanmış olması, ameliyat sahasında herhangi bir malzemeyi unutmuş olması gibi eylemler icrai niteliktedir. Hekimin, hastaya zamanında müdahale etmemesi, hastanınbazı şikâyetlerinin görmezden gelmesi, bilimsel kuralların bilinmemesi, hastaya teşhisin zamanında koyulmaması, tedaviye zamanında veya hiç başlanmamasıgibieylemleri ise ihmali nitelikte değerlendirilir. Ancak her iki durumda da, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmayan bir fail vardır. Dolayısıyla ölümü veya yaralamayı meydana getiren davranış, taksirli olmalıdır. Bu taksirli davranışın manevi unsuru, iki şekilde meydana gelebilmektedir:

a-Hekimin öngörülebilir nitelikte olan neticeyi öngörmemesi,

b- Öngördüğü halde neticeyi istememesidir.

Hekim, yapılan tıbbi müdahalenin sonucunu öngörmüyorsa veya hekime yüklenebilecek bir kusur bulunmuyorsa, hekimin taksirli sorumluluğundan

---

[297] TCK 22. maddesine bakınız.

[298] Durmuş, Tezcan / Mustafa Ruhan, Erdem/ R. Murat, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, (12. baskı), Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 200.

bahsedilmesi de mümkün olmayacaktır. Sonuç itibariyle, hekimin taksirli adam öldürme veya yaralama suçlarının faili olabilmesi için; ortaya çıkması olası olan neticenin, herkes tarafından yani objektif olarak öngörülebilir olması ve hekimin de olması gerektiği gibi sonucun ortaya çıkmasını engellemek adına birtakım önlemleri almaması gerekir. Hekimin uyguladığı tıbbi müdahale, taksirle işlenen adam öldürme ve yaralama suçu şeklinde değerlendirilmiş ise TCK 85. ve 89. maddeleri kapsamına alınacaktır:

"Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır

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

Bazı meslekleri icra eden kişiler, mesleklerinin kendilerine özellikle yüklediği özen yükümlülüklerine uymaları gerekir. Bu yüzden meslek ve sanat sahibi kişilerin o mesleğin temel kurallarını bilme ve mesleğin tüm değişimlerine ayak uydurma ve bilimsel metotlar eşliğinde becerilerini geliştirme sorumlulukları vardır. Taksirle işlenen suçlarda, meslek ve sanat sahibi kişilerden istenen şey, mesleğinin ve bilimin gerektirdiği azami kuralları ve özeni yerine getirilmesidir. Bu durum, hekimler açısından tıp biliminin ve meslek kurallarının temel kurallarını bilme ve uygulama, bilimsel gelişmelere ayak uydurma, tıbbi standartlar dahilinde tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme sorumluluğu şeklinde değerlendirirlir. Hekimlik mesleğinin temel kurallarını ortaya koyan çok sayıda hukuki mevzuat mevcuttur: 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Hasta Hakları Yönetmeliği, BiyoTıp Sözleşmesi, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları gibi[299]. Sonuç olarak hekimlik mesleği, hekimlere, tıbbi standartlar dâhilinde ve temel meslek kurallarından sapmadan, dikkat ve özen yükümlülüğü içerisinde, tıbbi müdahalede bulunma sorumluluğu vermektedir. Bu sorumluluğun yerine getirilmediği durumlarda,

[299] Akipek Öcal/ Özenbaş Boydağ/ Avcı, **Sağlık Hukuku**, s. 135.

hekimler taksirle işlenen suçlar kapsamında fail olabileceklerdir. Yukarıda anlatıldığı gibi hekimlik mesleğinin temel kuralları içerisinde ve tıbbi standartalardâhilinde yani hukuka uygun tıbbi müdahale gerçekleştirilmesine rağmen, bazen hastada tıbbi müdahaleye bağlı olarak olumsuz sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Tıp litaratüründe, bu durum, komlikasyon veya izin verilen risk şeklinde tanımlanır. Komplikasyon; tıbbi müdahalede, öngörülemeyen veya öngörülse bile önlenemeyen neticelerdir. Hekim, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren tüm şartları yerine getirmesi ile komplikasyonlar yüzünden cezai sorumluluk içerisine girmeyecektir.

Taksirli suçlar, bilinçli taksir ve basit taksir olmak üzere iki şekilde meydana gelebilir. Basit taksir; hekimin, öngörülebilen bir sonucun meydana gelmemesi için azami göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermemesiyle hekimin öngörmediği sonucun oluşması şeklinde tanımlanır. Bilinçli taksir ise hekimin, öngörülebilecek bir sonucun meydana gelmesini istememesine rağmen, kendi meslek tecrübelerine güvenerek hareket etmesi ve bunun sonucunda istenmeyen olumsuz sonucun ortaya çıkması şeklinde tanımlanır[300]. Genel olarak taksirli suçların temelini oluşturan öngörülebilirliik, objektif esaslarla belirlenmektedir. Öngörülebilirlik; ortalama olarak bir hekimin, oluşabilecek sonucu, bilmesi şeklinde değerlendirilir. Ancak hekimlik mesleği gereği, uygulanan tıbbi müdahale süreçleri dinamik olmaktadır. Bu yüzden, öngörülebilirlik değerlendirmeleri yapılırken, mutlaka olayın özelinde, hekim ve hastaya dair birtakım özellikler göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü her tıbbi müdahale, hastası ve hekimi açısından kendine özgüdür. Bu yüzden, spesifik olarak gerçekleştirilen her tıbbi müdahale için ayrıca öngörülebilirlik değerlendirmesi yapılmalıdır. Aksi takdirde hekimlerin yaptıkları tüm tıbbi müdahalelerin olası sonuçlarını öngörmemeleri imkânsız gözükecek ve tıbbi müdahalenin sonucunda oluşan suç kapsamı bilnçlitaksir olarak değerlendirilecektir. Bu durumda adaletsiz bir durum meydana gelecektir[301]. Nitekim Yargıtay verdiği kararında, hekimin kusuru belirlenirken, blinçli taksir için bir değerlendirme yapılacaksa, genel objektif öngörülebilirliğin yeterli olmayacağını, buna ilave olarak

[300] Haluk, Toroslu, "Bilinçli Taksir Üzerine Bir Değerlendirme", **TBB Dergisi**, 2016 (126) s. 102.

[301] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 504-505.

hekimin aşırı güveni ve mesleki cesareti, tıp kurallarına çok açık ve kabul edilemez aykırılıklar gibi ek koşulların gerçekleşmesinin aranması gerektiğini vurgulamıştır[302].

Hekimlerin, tıbbi müdahale nedenli taksirle adam öldürme veya yaralama suçundan yargılanabilmesi için, hekimin eylemi ile olumsuz sonuç arasında nedensellik bağı olmalıdır. Yani hekimin eylemi ile sonuç arasında nedensellik bağı yoksa hekim bu konuda suçlanamaz[303]. Hekimin eylemi ile ortaya çıkan olumsuz sonuç arasındaki nedensellik bağı ortaya konulurken, bazı sorulara cevapların aranması gerekir; hekim dikkat ve özen içinde davransaydı bu sonuç ortaya çıkar mıydı? Tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği ortamın gerekleri ve teknik raraçlar yeterli miydi? Bu yüzden hekimin uyguladığı tıbbi müdahale ile isnat edilen sonuç arasındaki nedensellik bağı ortaya konulurken her olayın özelliğine göre eksiksiz araştırma ve inceleme yapılmalıdır. Nedensellik bağının ortaya konulmasının suç isnadı açısından hayati önemde olduğunu vurgulayan Yargıtay 4. Ceza dairesi kararı şu şekildedir:

"Ancak; trafik kazası sonucu hastane acil servisine getirilen ölenin, yapılan ilk müdahaleden sonra yatırıldığı ortopedi servisinde görevli sanık doktor İlker ile hemşire Hatice'nin uzun süre geçmesine rağmen zamanında ve yeterli kontrol-muayene ile ölende gelişen klinik bulgulara uygun gerekli müdahaleyi yapmak ya da yapılmasını sağlamaları gerekirken bunu yapmamaları nedeniyle Yüksek Sağlık Şurasının 28.12.2001 tarih ve 10448 sayılı kararı ile ölüm olayında her bir sanığın 4/8 oranında kusurlu bulunduğunun belirtilmiş olması karşısında; dosya ile birlikte, ölen ile ilgili tüm raporlar ile hastane kayıt ve belgeleri gönderilmek suretiyle, Adli Tıp Kurumundan sanıkların tedavide kusur veya savsamalarının bulunup bulunmadığı, bulunduğu saptandığı takdirde yükletilen savsama niteliğindeki eylemler ile ölüm arasındaki illiyedin belirlenmesine yönelik olarak, sanıkların kendilerine yasal normlar çerçevesinde yükletilen sorumluluklarını yerine

[302] Yargıtay 12. CD'nin 29.01.2014 tarih, E: 2013/18184, K: 2014/2055 Sayılı Kararı, (kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 30.05.2021).

[303] Nejdet, Şatır, **Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Yargıtay ve Danıştay İçtihatları**, Yetkin Yayınları, Ankara,2018 s. 332-340.

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 soruşturmayla görevi savsama suçundan hüküm kurulması"[304].

Hekimlerin yaptıkları meslek dolayısıyla kasten adam öldürme suçunun faili haline gelmeleri çok ender olarak rastlanılacak bir durumdur. Çünkü hekimlik mesleği insanı yaşatmayı kendine hedef olarak alan bir meslek grubudur. Ancak hekimin uygulayacağı tıbbi müdahalelerde, sonucu öngörmesine rağmen kendi mesleki bilgisine aşırı güvenerek giriştiği eylemlerle sonucu, olası kast ile adam öldürme suçunun faili haline gelebileceklerdir. Ayrıca kanundan ve sözleşmelerden, bazı meslek guruplarına garantörlük sıfatı verilmektedir. Kanundan kaynaklanan garantörlük sıfatı olan hekimlerin, tıbbi müdahale sonrası meydana gelebilecek olumsuz neticenin öngörülebilir olması vedikkat, özen yükümlülüklerine aykırı davranması sonucu taksirle adam öldürme suçunun faili haline gelebilirler.

6.2.3. İnsan Üzerinde Deney Suçu Bakımından Hekimlerin Cezai Sorumluluğu

Hekimlik mesleğinin en önemli özelliği, yaşam hakkına vermiş olduğu önemdir. Yaşam hakkı ile sıkı bir şekilde bağlantılı olan insan üzerinde deney suçu, nitelikli bir şekilde ilk defa 2005 yılında TCK'nın 90. maddesinde düzenlenmiştir. Zikredilen maddede, bu suç türü üç sınıfa ayrılmıştır: İnsan üzerinde bilimsel bir deney, çocuklar üzerinde yapılan bilimsel deney, tedavi amaçlı deneme. TCK nın 90/1 de :*"İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"* şeklinde insan üzerinde yapılacak bilimsel deneylerin

[304] Yargıtay 4.Ceza Dairesi E:2003/1064 K:2004/2055, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 30.05.2021.

cezalandırılacağı yer almaktadır. TCK 90/2 de ise rızası alınmış kişide bazı şartların sağlanması halinde İnsan üzerinde bilimsel bir deney suçunun cezalandırılmayacağı şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Bu hükme göre;

"İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için;

a) Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması,

b) Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,

c) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

d) Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,

e) Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,

f) Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,

g) Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması,

Gerekir".

TCK 90/3'de ise çocuklarda bilimsel amaçlı yapılacak deneylerin ceza sorumluluğunun olmaması için gereken özellikler ayrıntılı bir şekilde kaleme alınmıştır:

"Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada aranan koşulların yanı sıra;

a) Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

b) Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,

c) Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması, Gerekir".

TCK 90/4'de ise tedavi amaçlı denemelerin cezasının ne olacağı ve ne şartlarda cezalandırılmayacağı yer almaktadır:

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

Anayasamızın 17. maddesinde *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz"* şeklindeki değerlendirmelerle, insan üzerinde yapılacak deneylerin düzenlenmesinin kanunla yapılması gerekliliği kaleme alınmıştır. Bunun üzerine TCK'nın 90. maddesinde özel olarak insan üzerinde deney suçu tanımlanmış ve cezasızlık durumunu da ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır[305]. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 11. maddesinde *"Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla, kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez"* şeklinde bir değerlendirme ile hastanın rızası alınsa bile insan üzerinde deney yasaklanmışken diğer taraftan aynı

[305] Akipek Öcal/ Özenbaş Boydağ/ Avcı, **Sağlık Hukuku**, s. 135.

maddenin 2. fıkrasında *"Klasik metodların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önce, mütat tecrübe hayvanları üzerinde kafi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbikı caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için hastaya faydalı olacağının ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mütat tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmıyacağının muhtemel bulunması şarttır. Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir"* şeklinde yapılan değerlendirme ile tedavi amaçlı denemenin hangi şartlarda hukuka uygun olduğunu ortaya koymuştur. Hukuk mevzuatımızda ortaya çıkan bu çelişki, Anayasanın 17. maddesine uygun olarak çıkarılan TCK ile giderilmiş ve insan üzerinde deney suçunun da cezasız olabilme şartları ortaya konulmuştur.

İnsan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçunda failin kim olduğuna dair doktrinde farklı tartışmalar yaşanmakta olmasına rağmen, TCK bu konuda ikili bir ayrım yapmıştır. İnsan üzerinde deney suçunda failin, bilimsel araştırma yapmaya yetkili herkes olduğunu görmekteyiz Ancak TCK 90/4'de tedavi amaçlıdenemebaşlığı altında bu suçun failinin ancak hekimler olabileceği, yani bu suçun özgü suç niteliğinde olduğu yer almaktadır[306].

İnsan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçunda, mağdur TCK'nın 90. maddesinde, insan üzerinde denilmek süretiyle, hayatta olan gerçek kişiler şeklinde anlaşılmaktadır. Dolayısıyla insan cesedi ve cenin üzerinde yapılacak deney ve denemeler bu suç kapsamında değerlendirilemeyecektir[307]. Ancak TCK, tedavi amaçlı deneme suçu için mağduru tanımlarken, tedavi amacı olan hasta şeklinde yapmıştır[308]. Dolayısıyla tedavi amaçlı denme suçunda mağdur tedavi amacı olan hasta bir insan olmalıdır.

---

[306] Sinan, Bayındır, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", **MÜHF - HAD**, 2018/24, (1), s. 89.

[307] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 521.

[308] Gülşah, Güven, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90. Maddesi İle Düzenlenen İnsan Üzerinde Deney Suçu ve Rıza", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 90, Sayı: 4, Yıl: 2016, s. 224; Bayındır, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", s. 91.

İnsan üzerinde deney suçunun oluşması için failin bu eylemi bilimsel amaçla yapmış olması ve mağdurun rızasının alınmamış olması gerekir. Dolayısıyla bu suç tipinin oluşması, sadece kast ile olabilmektedir, taksirle işlenen bir suç niteliği yoktur. Tedavi amaçlı deneme suçunda ise tedavi edilmek amacı olan hasta ve tedavi etmek amacı olan hekim vardır. Bu yüzdentedavi amaçlı deneme suçunda da, manevi unsur, kast şeklinde meydana gelecektir. İnsan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçunda deneyin veya denemenin yapılmış olması suçun tamamlanmış olması anlamına gelecektir. Dolayısıyla bilimsel deneyde, başarı veya deneme sonucunda başarılı tedavi veya tam tersi olmasının, bu suçun tamamlanmasında bir rolü yoktur. Bununla birlikte TCK 90/5'de insan üzerinde deney suçunun ölüm veya yaralama ile sonuçlanması sonucu, bu eylemin kasten adam yaralama ve öldürme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yer almaktadır. Ancak tedavi amaçlı deneme suçunda ise hekim kanunda yazılan şekliyle eylemde bulunmuş ve hastanın ölümüne veya yaralamasına sebep olmuşsa bununla birlikte hekimin kusuru da varsa hekim taksirli suçtan yargılanacaktır.

6.2.4. Organ Ve Doku Ticareti Suçu Bakımndan Hekimin Cezai Sorumluluğu

Organ ve doku naklinin, hukuka aykırı bir şekilde meydana gelmesi halinde, cezai müeyyidenin yer aldığı hukuki mevzuat, TCK ve Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanunudur. ODASANHK'nın 15. maddesi bağlamında;

"Hukuka aykırı olarak organ ve doku alan, satan, satın alan, satılmasına aracılık eden, saklayan, nakleden veya aşılayan, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 91 inci maddesi hükümleri uygulanır.

Bu Kanuna aykırı şekilde embriyo ve üreme hücresi bağışlayan, aşılayan, bulunduran, kullanan, saklayan ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya komisyonculuğunu yapanlar veya bu fiilleri özendiren, bunlara yönlendiren veya bunlara yönelik ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç teşkil etmediği

takdirde üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin günden iki bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

Bu Kanunun ek 1 inci maddesine aykırı fiili tespit edilen kişilerin sertifika ve izin belgeleri iptal edilir ve ilgili alanda çalışmalarına izin verilmez.

Bakanlıktan izin alınmaksızın organ nakli ve üremeye yardımcı tedavi merkezi açılması yasaktır. Bu yasağa uymayanlar hakkında 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 11 inci maddesi hükümleri uygulanır.

Bu Kanuna ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara aykırı şekilde faaliyet gösteren sağlık kurum ve kuruluşları hakkında fiilin niteliği ve tekerrür durumuna göre Bakanlıkça faaliyet durdurma veya faaliyet izni iptali müeyyidesi uygulanır."

TCK'da ise organ ve doku ticareti başlığı altında cezai müeyyide ve şartları şu şekilde yer almaktadır:

" Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur.

Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır"[309].

TCK'de organ ve doku ticareti suçu üç ayrı suç şeklinde yer almıştır:

-Yaşayan kişiden geçerli rızası olmadan organ ve doku alınması,

- Ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması,

- Organ ve doku ticareti yapılması.

Bu suç tipi, üç ayrı suç olarak düzenlendiğinden dolayı, her bir suçta korunan hukuki değer farklı olacaktır. Yaşayan kişiden, geçerli rızası olmadan organ ve doku alınması suçu ile yaşam hakkı güvence altına alınmaktadır. Ölü birinden hukuka aykırı şekilde organ ve doku alınması suçunda, korunan hukuki değer ise ölünün hatırasına olan saygı olacaktır. Organ ve doku ticaretinin yapılması suçu ile korunanhukukideğer ise kamu düzeni ve kamu sağlığıdır.

6.2.4.1. Yaşayan Kişiden Rızasına Aykırı Olarak Organ veya Doku Alma Suçu

Yaşayan kişiden rızasına aykırı olarak organ veya doku alma suçunda, bu eylemi suç haline dönüştüren; hukuka aykırı bir şekilde, kişinin rızası olmaksızın, kişiden organ veya doku alınmasıdır. Yaşayan kişiden organ veya doku alınması, ODASANHK ile sıkı şartlara bağlanmıştır. Yaşayan kişinin rızası olsa bile, kişinin her organını vermesi mümkün olmayacaktır. ODASANHK md. 8 ile yaşayan insanların hangi organlarının verebileceği çok açık ortaya konulmaktadır: *"Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır"*. Dolayısıyla vericinin yaşam bütünlüğünü tehlikeye atacak hiçbir organ nakli kanuna uygun olmayacaktır.

[309] TCK 91. maddesine bakınız.

Bu suç tipinde oluşan fiil, icrai veya ihmali nitelikte olabilir. İcrai nitelikte işlenen, yaşayan kişiden rızasına aykırı olarak organ veya doku alma suçu, organ veya dokunun yaşayan kişiden alınmasıyla oluşmuş olacaktır. Burada, organ veya dokunun alınmasıyla anlaşılan organ veya dokunun, mağdurun vücudundan ayrılması şeklinde olmalıdır. Bu suçun oluşması için organ veya dokunun alınmış olması yeterli görülecek, ayrıca mağdurun ölmesi veya yaralanması şartı ve alınan organın bir başkasına nakil edilmiş olması gerekmemektedir. Bu suçun ihmali nitelikte işlenen tipinde ise hekim mağdurdan organ veya dokunun hukuka aykırı şekilde alındığını bildiği halde bu eyleme müdahale etmemesi şeklinde oluşmaktadır.

Ayrıca yaşayan kişiden organ veya doku alınabilmesinin en önemli ve zorunlu şartı, organ veya doku alınacak kişinin, on sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan kişilerden olmasıdır. Bu durum, ODASANHK'nin 5. maddesinde; *"Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır"*şeklinde yasaklansa bile Avrupa Biyotip Sözleşmesinin 20.maddesinde reşit olmayan ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınabileceği yer almaktadır. Fakat bu sözleşmenin tarafı olan ülkemiz, sözleşmenin bu maddesindeki ibareye çekince bıraktığından dolayı, uluslararası sözleşme ile iç hukukumuzdaki çelişki giderilmiş olup ODASANHK'nin 5. maddesindeki değerlendirme hukuka uygun hale gelmiştir.

Yaşayan kişiden organ veya doku alabilecek kişiler, ilgili alanda uzman hekimlerdir. Organ veya doku nakli yapabilecek kişileri ve kurumları, ODASANHK'NİN 10. maddesinde; *"Organ ve doku alınması, taşınması, saklanması, aşılanması ve nakli ile yurt dışından temin edilmesi, Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanıma sahip kurumlarca yapılır."* şeklinde belirtilmiştir. Organ veya doku alabilecek kişiler, kanunda belirlenmiş olmasına rağmen, yaşayan kişiden rızasına aykırı olarak organ veya doku alma suçunun faili herkes olabilir. Bu suçun failinin sadece hekimler olacağı yönündeki değerlendirmeler eksik olacaktır; nitekim hukuka aykırı olan bu eylemi, herkes gerçekleştirebilecektir. Bu suçun mağduru ise yaşayan her insan olabilmektedir.

Yaşayan kişiden rızası olmadan organ ve dokunun alınması suçu; hekimin mağdurdan organ veya doku alınmasının hukuka aykırı olacağını bilmesine rağmen,

isteyerek organ veya dokuyu kişiden almasıile meydana gelecektir. Dolayısıyla bu suç, kasten işlenebilen suçlar sınıfındadır. Ancak hekimler, bazen hukuka uygun rızanın olduğunu düşünerek, organ ve doku naklini yapabilmektedirler. Yanılgıya düşen hekim, bu hatasından dolayı TCK'nın hataya ilişkin hümlerinden faydalanabilecektir. Ayrıca kasten işlenebilenolarak organ veya doku alma suçunun nitelikli hali olan, mağdurun ölmesi halinde, organ veya dokuyu alan kişiye, kasten adam öldürme suçu hükümleri uygulanacaktır[310].

Yaşayan kişilerden organ veya doku alınmasının hukuka uygun olabilmesi için aranan şartlar; hukuka uygun rızanın olması, hekimin hastasını aydınlatması, organ ve doku alımını yapan kişilerin ve kurumların kanunun yetkili olduğu kişi ve kurumlar olması, organ ve doku veren kişinin kanunda yer alan kişilerden olmasıdır. Yaşayan kişilerden organ ve doku alınması suçunda en önemli hukuka uygunluk sebebi, aydınlatılmış onamın alınmış olmasıdır. ODASANHK alınması gereken rızayı sıkı şekil şartına bağlamıştır. Rızanın sıkı şekil şartı, ODASANHK'nın 6. Maddesine göre; *"Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur"*. ODASANHK'nın 5. ve 6. maddelerinden; onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasak olduğu anlaşılmaktadır. Organ ve doku alımını hukuka uygun hale getiren şartlardan biri olan, rızanın çok geniş aydınlatılmadan sonra alınması gerekir. Organ ve doku alacak hekim, organ ve dokunun alınacağı kişiyi, organ veya doku nakli sonrası oluşabilecek tüm kötü sonuçları hakkında ve operasyon öncesi ve sonrası yapılabilecek tüm müdahaleler hakkında genişçe bilgilendirmelidir. Ayrıca ODASANHK, hekime, hastasından hukuka uygun olarak rıza alırken birtakım yükümlülükler vermiştir:

"a) Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;

[310] TCK 91/8 maddesine bakınız.

b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak;

c) Akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek;

d) Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek;

e) Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek;

f) Kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak;

Zorundadırlar (md. 7).

"Organ ve doku alınması, aşılanması ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunludur"[311].

Sonuç olarak organ ve doku alınacak kişinin rızasının alınmaması, hukuka aykırı olup, yaşayan kişiden rızası olmadan organ ve dokunun alınması suç tipini oluşturacaktırve bu durum TCK 91/1'de *"Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişi den organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur"* şeklinde hüküm altına alınmıştır.

6.2.4.2. Ölüden Hukuka Aykırı Şekilde Organ veya Doku Alma Suçu

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınma suçu, TCK md. 91/2'de *"Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis*

[311] ODASANHK 9. maddesine bakınız.

cezası ile cezalandırılır." şeklinde hüküm altına alınmıştır. Ölüden organ veya doku alınabilmesi için kişinin ölmüş olması gerekir. Bu hususta en önemli nokta ölüm anının nasıl tespit edileceğine dairdir. Ölüm anının, nasıl saptanacağı ve şekline dair düzenleme, ODASANHK'da şu şekilde yapılmıştır:

"Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir.

11 inci maddeye göre ölüm halini saptayan hekimlerin ölüm tarihini, saatini ve ölüm halinin nasıl saptandığını gösteren ve imzalarını taşıyan bir tutanak düzenleyip, organ ve dokunun alındığı sağlık kurumuna vermek zorundadırlar. Bu tutanak ve ekleri ilgili sağlık kurumunda on yıl süre ile saklanır"[312].

ODASANHK'da, ölüden hukuka aykırı şekilde organ veya doku alma suçu başlığı altında, Ölüden organ ve doku alma koşulu ile cesetlerin bilimsel araştırma için muhafazası bölümünde, ölünün organ ve dokusunun nasıl bilimsel çalışmalarda kullanılabileceği yer almaktadır:

"Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.

Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.

Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz.

[312] ODASANHK 11. ve 13. maddelerine bakınız.

Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir.

Ayrıca vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ölü muayenesi veya otopsi işlemi tamamlanmış cesetler aksine bir vesiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususu dahil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Tıp eğitimi için gerekli olan kadavranın yurt içinden yeteri kadar temin edilememesi hâlinde, kadavra veya kadavra parçası, soykırım ve insanlığa karşı işlenmiş suçlar yoluyla ölmüş kimselerden temin edilmemiş olması kaydı ile yurt dışından temin edilebilir. Kadavra veya kadavra parçası temini ile yurt dışından kadavra temin edecek kişi veya kuruluşların yetkilendirilmesine dair usul ve esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir"[313].

Ölüden hukuka aykırı şekilde organ veya doku alma suçunun faili ve mağduru herkes olabilir. Ancak mağdur açısından yukarıda açıklandığı şekilde, ölüm anı belirlenmiş ve ölü sayılan kişiler olarak tanımlanacaktır. Bu suçun fiili organ veya dokunun ölen kişinin vücudundan ayrılması ile tamamlanmış olacaktır. Bu suçunmanevi unsuru olarak kast ile işlenen suçlar arasındadır. Ancak bu suç işlenirken teşebbüs halinde de kalabilir.

[313] ODASANHK 14. maddesine bakınız.

6.2.4.3. Organ veya Doku Satın Alma, Satma, Satılmasına Aracılık Etme Suçu

TCK'da organ veya doku ticareti yapma suçu başlığı altında, üçüncü alt suçlama tipi olarak yer alan, Organ veya Doku Satın Alma, Satma, Satılmasına Aracılık Etme Suçu için korunmak istenen hukuki yarar, kamu sağlığı ve kamu güvenliğidir. Bu suç tipinde üç farklı seçimlik eylem görmekteyiz; organ veya dokuyu satın alma eylemi, satma eylemi, satılmasına aracılık etme eylemi. Bu üç seçimlik eylemden herhangi birinin tamamlanması ile bu suç işlenmiş olur[314]. Bu suç tipi, sırf hareket suçu niteliğinde olduğundan dolayı, bu suçun tamamlanması için herhangi bir kişinin zarar görmüş olması veya somut bir tehlikenin ortaya çıkmış olması gerekmemektedir. Ayrıca bu suç tipinin eyleminin yerine getirilmesi, icrai şekilde olacaktır. Çünkü bu seçimlik eylemlerden birinin ihmali şekilde meydana gelmesi çok mümkün gözükmemektedir[315].

Yukarıda belirtilen seçimlik suç eylemlerinden satma suçunda, bu amacı gerçekleştirmek için kişiler, aralarında bir sözlü veya yazılı olarak, organ veya dokunun satışı sözleşmesi yapmış olmalıdır. Satış sözleşmesinin tanımı; Türk Borçlar Kanunu'nun 207. maddesinde; *"satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme"* şeklinde yer almıştır. Dolayısıyla TBK'a göre, organ veya dokunun satılması için anlaşma yapmaları ile satış sözleşmesi kurulmuş sayılacak ve bunun için ayrıca zilyetliğin devredilmesi gerekmemektedir. Organ veya doku satma suçunu düzenleyen TCK'da, satma suçunun gerçekleşme anı ile ilgili bir net açıklama yoktur. Ancak TCK'nın gerekçeler kısmında, satma işleminde; mutlaka bir bedel veya ivaz karşılığı olması gerekliliği yer almaktadır. Organ veya doku satma suçunun ne zaman tamamlanmış sayılacağı ve dolayısıyla failin hangi hareketiyle suçu işlemiş sayılacağı, tartışma konusu olmuştur. Doktrinde veYargıtayın bazı karalarında farklı bakış açıları mevcuttur; bu konu hakkındaki görüşlerden biri,

[314] Mustafa, Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 181.

[315] Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, s. 185.

tarafların organ veya doku satma suçunun failleri olabilmeleri için bu eylemi bir menfaat üzerine anlaşmış olmaları yeterli olacaktır[316].

"Organ veya doku 53 ticareti suçundan sanık ve katılan sanığın beraatlerine ilişkin hükümler katılan sanık müdafi ve mahalli Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmekle dosya incelenerek gereği düşünüldü: Gazetecan.com adlı internet sitesinde 10.11.2010 tarihinde katılan sanık ile sanık arasında maddi menfaat karşılığı böbrek nakli ve akabinde çıkan anlaşmazlıkla ilgili olarak yapılan haberler neticesinde soruşturma başlatıldığı, katılan sanık M. T. içinde bulunduğu ekonomik koşullarının kötü olmasından dolayı sanığa ait fabrikada işçi olarak çalıştığı, hastalığı sebebiyle organa ihtiyacı bulunan sanık A. D. kendisine ev, araba ve maaş ödemesi karşılığında bir böbreğini vermeyi kabul ettiğine ilişkin aşama savunmaları, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına ilişkin dosya içindeki bilgiler, tanık ifadeleri ve tüm dosya kapsamından, böbrek hastası olan sanık A.. D..'e ait fabrikada işçi olarak çalışan katılan sanık M..T..ile Mehmed'e maddi menfaat sağlama hususunda aralarında sözlü olarak anlaşmalarını müteakiben, resmi yollarla uygun şekilde organ naklinin gerçekleştiği, yasada tanımlanan suçun bu şekilde oluştuğu anlaşılmakla hukuki durumlarının buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden, yazılı gerekçeyle beraatlerine hükmedilmesi, kanuna aykırı olup…"[317].

Organ veya doku satma suçunun tamamlanmış sayılması hususunda bir başka görüş; organ veya dokunun nakli karşılığında, sağlanacak menfaatin alınması ve organ veya dokunun zilyetliğinin devredilmiş olmasıdır. Kanaatimizce, bu görüş TCK'nın gerekçeleri kısmında yazan açıklamalara daha uygun olacaktır. Organ veya doku satma suçunda; tarafların satış sözleşmesini kurmaları ile suçun meydana gelmiş sayılacağı yönündeki görüş, yani eğer zilyetlik devredilmemiş veya bunun karşılığında sağlanacak menfaat devredilmemişse, bu durumu satma suçuna teşebbüs olarak değerlendirmek daha doğru olacaktır. Bize göre, organ veya doku

---

[316] Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, s. 110.

[317] Yargıtay 12.CD., 23/09/2014, E: 2013/27794, K: 2014/18501, Yargıtay 12.CD., 10/06/2014, E: 2013/17615, K: 2014/14203, Aktaran: KAÇAR, Yusuf, Organ Veya Doku Ticareti Suçu (TCK 91/3), Esam Ekonomik Ve Sosyal Araştırmalar Dergisi Cilt: 2 Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 50-88.2021.

satma suçunun oluşması için sadece iki tarafın anlaşması yeterli olmayacaktır, üç unsurun da beraberce gerçekleşmiş olması gerekir; *"organ veya dokunun alınması karşısında iki tarafın da yani alıcı ve satıcı tarafının anlaşmış olması, yapılan anlaşma ile bir bedel veya ivaz belirlenmiş olması, organ veya dokunun alan kişiye teslim edilmesi."*Organ veya dokunun satılması hususunda, anlaşma yapılmış ve bedel belirlenmiş olmasına rağmen, organ veya doku alıcıya teslim edilememişse, bu durumorgan veya doku satma suçuna teşebbüs olarak değerlendirilecektir. Organ veya doku satma suçunun en önemli unsuru, bu suçun bir menfaat veya bedel karşılığında yapılmış olmasıdır. Bu bakış açısını destekler nitelikte bazı Yargıtay kararları da mevcuttur:

Yargıtay bir kararında, *"Sanık T.. B..'ın sanık M..K..'a ait çiftlikte uzun zamandır hayvancılık ve çiftçilik yaptığı, sanık Mehmet'in böbrek hastası olması sebebiyle babası gibi sevdiğini söylediği sanık Mehmet'e böbreğini vermek amacıyla Mehmet'in oğlu sanık Teyfik'in kimliğine kendi fotoğrafını yapıştırarak birlikte Antalya Medikalpark Hastanesine müracaat ederek, Mehmet'in oğlu olduğunu beyanla Mehmet'e böbrek naklinin yapılmasını sağlamaları şeklinde gerçekleşen eylemde, dosya içindeki hiçbir maddi karşılık beklenmeden, hukuka uygun rızaya dayanılarak organ verildiğine ilişkin evraklar ve sanıkların bunu doğrulayan aşama savunmalarının aksine, mahkumiyetlerine yeterli başkaca delil bulunmadığı gözetilerek atılı suçtan beraatleri yerine, yazılı şekilde dosya kapsamına uygun düşmeyen, varsayıma dayalı gerekçeyle mahkumiyetlerine hükmedilmesi hukuka aykırıdır…"*[318].

Organ satma veya alma suçu kasten işlenen bir suç olmakla beraber teşebbüs halinde de kalabilir. Organ veya doku satma, alma işlemine aracılık etme suçu da kasten işlenen suçlar arasındadır[319]. Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu için fail herkes olabilir. Organ veya doku satma ve alma işlemi iki taraflı bir eylem olduğundan dolayı bu suçların failleri, birden fazla kişi olacaktır.

[318] Y.12.CD. T.11/03/2014, E.2013/13718, K.2014/6023, Aktaran: Yusuf, Kaçar, "Organ Veya Doku Ticareti Suçu (TCK 91/3)", **Esam Ekonomik Ve Sosyal Araştırmalar Dergisi** Cilt: 2 Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 50-88.2021.

[319] Ali, Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 1208.

Çok failli bir suç olan organ veya doku satma suçunda, her fail kendi fiilinden sorumlu olacaktır.

Bu suçla ile ilgili olarak TCK'nın 92. maddesinde özel zorunluluk hali yer almaktadır:

"Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir".

Organ veya doku satma suçu için getirilen bu zorunluluk halinin belirlenmesi için, yargılama esnasında nitelikli bir araştırma içine girilmelidir. Yapılan bu araştırma sonucunda, failin gerçekten organını satma suçunu, yaşadığı ekonomik sıkıntılarından dolayı ve başkaca alternatifinin olmadığı için yaptığı ortaya konulursa, fail olarak bu suçu işlemiş olur, ama kanunda yer alan zorunluluk hali ile ceza almayabilecektir. Ancak unutulmaması gereken şey, özel zorunluluk halinden faydalanacak kişiler; kendi organ veya dokusunu satan faillerdir, Organ veya doku ticaretine aracılık eden ya da organ veya dokuyu satın alan kişiler değildir. Failin, organ veya doku satma suçunda zorunluluk halinden yararlanması için; failin hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkânının bulunmaması ve bunun için aldığı tehlike riski ile kullanılan aracı işlem arasında bir orantının olması gerekmektedir. Yargıtayında organ ve doku satma suçunda zorunluluk halinin değerlendirilmesinde önemsediği nokta failin gerçekten başka alternatfinin olmamasıdır;

Y.12.CD.'nin 10/02/2015 tarih, E.2015/1531, K.2015/2378 sayılı kararımdan; *"…Tüm dosya kapsamına göre; sanık …'in böbreğinin … ve …'e verilmesi konusunda anlaştıkları ancak, çıkan sorunlar sebebiyle nakil gerçekleştirilememekle birlikte sanığın … ve suça aracılık eden diğer şahıslar ile irtibatının devam etmesi sebebiyle bu defa böbreğini …. ile bedeli karşılığında vermek konusunda anlaştıkları, …. Hastanesinde 10.06.2009 tarihinde böbrek nakli ameliyatının ve nakilin gerçekleştirildiği anlaşılmakla, organ veya doku ticareti yapılmasının suç olarak tanımla3ndığı TCK'nın 91/3. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, burada önemli olan hususun organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat*

karşılığında tedavüle tabi tutulması olup, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapılıp yapılmadığı ile organ veya dokunun naklinin gerekmemesi karşısında, üç ayrı organ ticareti yapma suçunu işlediği anlaşılan sanık hakkında TCK'nın 92. maddesi uyarınca zorunluluk hali gerekçe gösterilerek ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmişse de; Sanığın savunmalarında belirttiği üzere, bir araba alış-verişi sebebiyle borçlanarak borcunu ödemek için böbreğini satmaya karar verip, diğer köylüleri aracılığıyla tanıştığı organ ticareti yapan sanıklarla irtibata geçerek anlatılan şekilde atılı suçların işlendiği olayda, kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek neden olduğu ekonomik sıkıntısını, hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkânının bulunması, öte yandan kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkânının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olması karşısında, TCK'nın 92. maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesine yeterli şartların oluşmadığı gözetilip, atılı suçlardan mahkûmiyeti yerine, yazılı şekilde zorunluluk halinin varlığının kabulüyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi hukuka aykırıdır…"[320]

TCK 91/4'de, Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde daha ağır yaptırımlar uygulanacağı yer almaktadır:

"Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur".

Bu maddeye göre, suça uygulanacak cezanın arıttırılabilmesi için, failin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde, suçu işleyip işlemediğini ortaya koymak gerekir. Bunun için de örgütsel faaliyetin tanımının yapıldığı TCK 220. maddesine

[320] Bkz. Yusuf, Kaçar, "Organ Veya Doku Ticareti Suçu (TCK 91/3)", **Esam Ekonomik Ve Sosyal Araştırmalar Dergisi** Cilt: 2 Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 50-88.

başvurmak gerekecektir. TCK Madde 220: *"Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir"*. TCK'nın 220. maddesinde yer alan tanım ilekişilerin, varolan bir örgütün eylemi sonucunda, Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu işleniyorsa, daha fazla ceza yaptırımına uğrayacaklardır.

6.2.5. Çocuk Düşürtme Suçu Bakımından Hekimin Cezai Sorumluluğu

Türk hukukunda, gebeliğin sonlandırılması ile ilgili hukuki düzenleme; TCK ve 2827 sayılı NPHK'dır. NPHK, gebeliğin sonlandırılması ile ilgili olarak; gebe kişinin rızasının olup olmamasına ve acil müdahalenin şart olup olmamasına bağlı olarak ikili ayrım yapmıştır:

"Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.

Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.

Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.

Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde

bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak yönetmelikte belirtilir"[321].

Yukarıda gösterilen NPHK'nın ilgili maddesince, isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması işlemi, gebeliğin onuncu haftasından önce yapılabilecek bir tıbbi müdahaledir. Gebelik, onuncu haftasını doldurmamış olduğu takdirde de yapılacak rahim tahliyesi işleminin, annenin sağlığı açısından, hiçbir tıbbi sakınca taşımaması gerekmektedir. Bu nedenle, bu taleple hekime gelen bir hasta için, hekimin ilk yapması gereken yükümlülük, yapılacak bu müdahalenin gebe kişinin sağlığına zarar verip vermeyeceği olmalıdır. İşaret edilen şartlar hususunda, gebeliğin sonlandırılması için herhangi bir engel yoksa kadın doğum uzmanları tarafından gebelik sonlandırılabilecektir. Ancak Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi Ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük ile bu işlemi uygulayacak hekimler açısından istisnasının olabileceği şöyle yer almaktadır:

"Rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır.

Ancak, Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik, belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler"[322].

Ancak gebeliğin sonlandırılması amacıyla tıbbi müdahalede bulunacak hekim öncelikle hastanın veya ilgili kişinin iznini almalıdır.[323]Gebeliğin sonlandırılması amacıyla yapılacak tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi için, izin alınması hususunu NPHK 6. maddesi gerek isteğe bağlı gerekse isteğe bağlı olmayanlarda zorunlu görmüş ve şu şekilde yer vermiştir:

"5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz

[321] NPHK 5. maddesine bakınız.

[322]Rahim Tahliyesi Ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi Ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğünün 3. maddesine bakınız.

[323] Burcu, Dönmez, "Tck'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk Ve AİHM'in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması" **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı 2, 2007, s. 116-119.

olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

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

Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir".

TCK, gebeliğin sonlandırılmasını; gebe kişinin rızasının olup olmamasına ve acil müdahalenin şart olup olmamasına göre ikiye ayırmıştır:

" Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

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

Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan

diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur.

Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir" (md. 99).

Çocuk düşürtme suçu ile korunmak istenen hukuki yarar, birden fazla olup anne için olanları;"yaşama hakkı, biyolojik anne olabilme hakkı, anne olup olmamayı seçebilme hakkı, beden dokunulmazlığı hakkı, beden ve ruh sağlığı hakkı; cenin için korunmak istenen hukuki yarar ise yaşama hakkına kavuşabilmesi hakkıdır"[324]. Aslında doktrinde, çocuk düşürtme suçunda korunmak istenen hukuksal yarar ile ilgili ikili ayrım yapılmaktadır. Bir görüşe göre, onuncu haftadan önce, rıza olmaksızın yapılan çocuk düşürtme veya onuncu haftadan önce yetkili olmayan kişilerce yapılan gebelik sonlandırılması sonucu oluşan çocuk düşürtme suçunda korunan hukuksal değerler anne için olacaktır. Bu görüşe göre, onuncu haftadan önce, ceninin tüm yaşamsal organlarının henüz oluşmadığını, dolayısıyla onun ile ilgili olarak korunan hukuksal bir değer olmayacağıdır. Bu görüşe göre, onuncu haftadan sonra yapılan gebeliğin sonlandırılması sonucu oluşan çocuk düşürtme suçu için korunan hukuki değer ise hem cenin için hem de anne için olacaktır. Dolayısıyla onuncu haftadan sonra gebeliği sonlandırılarak, çocuk düşürtme suçunun oluşması ile anne için; yaşam hakkı, anne olup olmamayı seçebilme hakkı, beden dokunulmazlığı hakkı, beden ve ruh sağlığı hakkı; cenin içinse yaşam hakkı gibi haklar korunması istenen hukuksal yararlardır[325].

Bu suçun faili, herkes olabilir; ancak anne açısından, bu suçun faili olma durumu, TCK 100. maddesinde ayrı olarak düzenlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında

---

[324] Serap, Keskin Kiziroğlu, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme Ve Kısırlaştırma Suçları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c. 19, sayı. 2, 2013, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, syf:170-171.

[325] Keskin Kiziroğlu, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme Ve Kısırlaştırma Suçları", s. 170-171;Mehmet Nihat, Kanbur, "Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu", **Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu- Tıp Hukukunun Güncel Sorunları, TBB Yay**., Ankara 2008, s. 1231- 1232.

TCK 99. maddesi bağlamında yetkili veya yetkili olmasın, gebe kadın dışında herhangi birisi, herhangi bir çocuk düşürtme suçunun faili olabilecektir[326]. Çocuk düşürtme suçu bağlamında, failin yetkili kişi olması, suçun basit halini gösterecektir Yani bu suçun yetkili olmayan kişiler tarafından işlenmesi, suçun nitelikli halini ortaya koyacaktır. TCK 99/2 bağlamında, on haftayı geçen gebeliklerde ve tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen çocuğu düşürtülmesine rıza gösteren kadın da cezalandırılır. TCK 99 bağlamında değerlendirme yaparsak, bu maddenin genel olarak özelliği; failin yetkili veya yetkisiz kişiler olduğu ve onların cezai yaptırımları yer almaktadır. Ancak 99/2 ise, gebe kadının rızası olmasına rağmen yetkili veya yetkili olmayan kişiler dışında, gebe kadının da cezalandırılacağı hükmü yer almaktadır. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta; kanun koyucu, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğü ile yetkili kişi kavramını açıklarken, sadece müdahaleyi yapan kişi açısından değerlendirme yapmamış, bununla birlikte müdahalenin yapılacağı yerin donanımsal özelliklerini de ortaya koymuştur. Bu yüzden bu suçun faili anlamındakişi, yetkili kişi olmasına rağmen, kanun koyucunun ortaya koyduğu donanımsal olarak yetersiz bir yerde bu işlemin yapılması, TCK bağlamında yetkili olmayan kişiler tarafından gerçekleştirlen çocuk düşürtme suçu olarak değerlendirilecektir.

Sonuç olarak, gebeliğin onuncu haftadan önce veya sonra olmasına bakılmaksızın, yetkili olmayan hekimlerin yapacağı gebeliği sonlandırılması işlemi, yetkili veya yetkili olmayan kişi tarafından yapılmasına bakılmaksızın, gebe kadının rızasının bulunmadığı gebeliği sonlandırma işlemi, gebe kadının rızasının bulunduğu, gebeliğin onuncu haftasından sonra olan, ancak tıbbi zorunluluğun olmadığı gebeliği sonlandırma işlemi çocuk düşürtme suçunun hareket unsurunu oluşturacaktır.

Çocuk düşürtme suçunun mağduru, gebe olan kadındır. Bu suç bağlamında cenini de mağdur olarak görmek imkânsız gözükmektedir. Çünkü hukuki mevzuatımıza göre cenin tam sağ doğmayana kadar kişilik kazanmış olmayacaktır.

[326] Dilek Özge, Erdem, "Çocuk Düşürtme Düzenlemesi", **Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi**, 65 (4) 2016: 1637-1688, s. 1654-1655.

Bu yüzden hukuken kişi olarak gözükmeyen cenin; çocuk düşürtme suçu için maddi unsur olacak, ancak mağdur olarak değerlendirilemeyecektir[327].

Çocuk düşürtme suçunda maddi unsur, gebeliği sonlandırabilecek her türlü hareketler olacaktır. Bu yüzden, çocuk düşürtme suçunu serbest hareket ile oluşan netice suçu olarak değerlendirmek yerinde olacaktır[328]. Gebeliğin sonlandırılması işlemi cerrahi bir müdahale ile olabilecekken, medikal yöntemlerle de olabilir. Burada önemli olan nokta, yapılan müdahale ile gebeliğin sonlanmış olmasıdır. Çocuk düşürtme suçunun maddi unsurunu; gebeliğin sonlandırılması ve canlı olan ceninin de hayatına son verilmiş olması şeklinde açıklayabiliriz. Dolayısıyla anne karnında yaşamsal belirtileri olmayan cenin için gebeliğin sonlandırılması işlemi çocuk düşürtme suçunun maddi unsurunu oluşturmayacak ve çocuk düşürtme suçu oluşmamış olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken, ceninin ölümünün annenin gebeliğini sona erdirmeye yönelik hareketin neticesinde meydana gelmesidir.

Çocuk düşürtme suçunda, TCK onuncu haftadan önce ve onucu haftadan sonra olan gebeler şeklinde bir ayrım yapmıştır. Bu sınıflandırmaya göre; onuncu haftadan önce kadının rızasının olması ve gebeliğin sonlandırılması işleminin yetkili kişilerce yapılması şartı ile bu fiili, TCK hukuka uygun olarak görmüştür. Ancak burada önemli olan, gebe kadının rızası olacaktır. Rıza alınırken, gebe kadın yapılacak işlem hakkında ve sonrasında oluşabilecek durumlar hakkında ayrıntılı bir şekilde yetkili kişilerce aydınlatılmalıdır. TCKonuncu haftadan öce yapılan gebeliğin sonlandırılması işlemi için sadece gebe kadının rızasını ararken, bir başka hukuki mevzuat olan NPHK ise; gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin rıza bakımından eğer kadın evli ise eşinin de rızasını aramaktadır. Bu durum bir kafa karışıklığı yaratsa bile TCK'da çocuk düşürtme suçunda; hukuka uygunluk için sadece gebe kadının rızası aranmıştır. Evli olan gebelerde gebeliğin sonlandırlması işleminde babanın rızasının alınmaması, TCK bağlamında bir suça neden olmayacaktır, ancak babanın

[327] Erdem, "Çocuk Düşürtme Düzenlemesi", s. 1653.

[328] Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 6.bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 270.

rızasını almayan hekim, NPHK madde 8/2 bağlamında idari para cezası alabilecektir[329].

Gebeliğin onuncu haftasından sonraki dönemde, tıbbi zorunluluk yoksa, kadının rızası olsa bile bu durum, çocuk düşürtme suçu olarak değerlendirilecektir. TCK 99/2 bağlamında, kadının rızasının olması, bu durumu suç olmaktan çıkarmayacak ve hatta gebe kadının cezalandırılması söz konusu olacaktır.Ancak gebeliğin onuncu haftasından sonra, annenin yaşamını tehlikeye atacak herhangi bir tıbbi zorunluluk oluşursa ve bu nedenle gebelik sonlandırılıyorsa TCK bağlamında bir suç oluşmayacaktır. Onuncu haftadan sonra olan gebeliğin sonlandırılmasını hukuka uygun hale getiren bir diğer istisna ise TCK 99/6 dır. Bu düzenlemede, bir suç neticesinde mağdur olan gebe kadının rızası ve gebelik süresinin yirmi haftadan fazla olmaması kaydıyla, gebeliğin uzman hekim tarafından hastane ortamında sona erdirilebileceği yer almaktadır.

Çocuk düşürtme suçunun manevi unsuru kast şeklindedir. Bu suçun manevi unsuru genel olarak kast olsa bile, olası kast ile de meydana gelebilen bir suçtur. Ancak bu suç taksirle işlenen bir suç türü değildir. Çünkü taksirle işlenen suçlar, TCK da düzenlenen suçlar olmalıdır, bu suç da taksirle düzenlenen suçlar arasında olmadığı için taksirle işlenen suçniteliğinde değildir. Hekimin başka bir nedenle gebe kadına müdahale etmesi sonucu, gebelik sonlanırsa, çocuk düşürtme açısından kast olmadığı için hekimin bu eylemini, taksirle yaralama suçu açısından değerlendirmek daha doğru olacaktır.

TCK, çocuk düşürtme suçu açısından hukuka uygunluk durumunu, gebeliğin onuncu haftasından önce ve sonrası olmak üzere iki farklı şekilde düzenlemiştir. Onuncu haftadan önce olan gebeliklerde, gebe kadının rızası her şekilde gebeliğin sonlandırılması eylemini hukuka uygun hale getirecektir. Bu durumda verilecek rıza, hasta hakları yönetmeliğince düzenleme altına alındığı şekliyle, nitelikli bir şekilde aydınlatılma yapılması sonrası hukuki hale gelecektir. Ancak onuncu haftadan sonraki gebeliklerde, gebe kadının rızası bu suç bakımından hukuka uygunluk sebebi

[329] Keskin Kiziroğlu, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme Ve Kısırlaştırma Suçları", s. 173-174.

olmayacaktır. Çünkü onuncu haftadan sonra, ceninin de yaşamsal organları gelişmiş durumda olduğundan dolayı, annenin rızası sadece annenin vücut bütünlüğünü kapsamayacak, ceninin de yaşam hakkını kapsayacaktır. Onuncu haftadan sonraki gebeliklerde, gebeliğin sonlandırılması tıbbi zorunluluklar nedeni ile yapılması da bu suçun eylemini hukuka uygun hale getirecektir. Tıbbi zorunlulukların neleri kapsadığını NPHK md. 5'te şu şekilde açıklamıştır:

"Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir (2.f.).

Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur"(3.f.)

Çocuk düşürtme suçunun nitelikli hallerini kısaca maddeler halinde şöyle özetleyebiliriz:

-TCK md. 99/3 ile çocuğu düşürtülen kadının beden ve ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasını çocuk düşürtme suçunun nitelikli hallerinden biri olarak düzenleme altına alınmıştır.

- TCK md. 99/3'de rızası olmaksızın, çocuğu düşürtülen kadının ölümüne neden olunması, bir başka ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak hüküm altına alınmıştır. Bu noktada önemli olan, kişinin gebe kadını öldürme kastı olup olmadığıdır. Eğer fail, bu eylemi öldürme kastı ile yapmış ise kasten insan öldürmenin nitelikli hali olan suçun gebe kadına karşı işlenmesi hükmünden dolayı cezalandırılması gerekmektedir.

-Onuncu haftadan sonra olan gebeliklerde, tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen, gebeliğin sonlandırılması ve bu eylem sonrasında gebe kadının beden veya ruh sağlığının bozulması veya ölmesi çocuk düşürtme suçunun nitelikli halleri arasında sayabiliriz.

- Gebeliğin sonlandırılması işleminin yetkili olmayan kişilerce yapılması, çocuk düşürtme suçu bakımından nitelikli hal olarak TCK 99/5'de hüküm altına alınmıştır.

6.2.6. Genital Muayenesi Kapsamında Hekimin Cezai Sorumluluğu

Genital muayene suçu, TCK ve TTB Meslek Etik Kurallarında düzenleme altına alınmıştır. TCK' nın 287. maddesindeki;

"Yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve yönetmeliklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz" düzenleme çerçevesinde, vücut bütünlüğü ve bireyin ruh sağlığı açısındangenital muayenenin önemi ortaya konulmuştur. TTB meslek etik kurallarının 39. Maddesinde, *"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"* şeklind yer verilen hükümle, genital muayenenin kişinin vücut dokunulmazlığı bağlamında düşünülmesi gerektiği ve aydınlatılmış onamın önemli olduğu vurgulanmıştır. Bu düzenlemelerde; koruma altına alınan, kişinin vücut dokunulmazlığı ile ilişkili olan genital muayene suçuna yer verilmiştir. Ancak bu suçun kişiye karşı işlenmesine rağmen, TCK'da adliyeye karşı işlenen suçlar arasında yer alması, tartışmalara neden olmuştur[330]. Kanatimizce, adliyeye karşı suçlar bakımından amaç; hukuk düzenini ve adliye saygınlığını korumaktır. Ancak genital muayene suçu, direkt insan onuru ve vücut

[330] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 604-605.

dokunulmazlığı ile ilişkili bir suçtur. Bu yüzden, genital muayene ile ilgili suçun TCK'da kişiye karşı işlenen suçlar arasında olması daha faydalı olacaktır. Nitekim, genital muayene suçunda korunmak istenen hukuksal yarar, kişinin onuru ve vücut dokunulmazlığı olacaktır. Doktrinde, genital muayene suçu ile korunmak istenen hukuksal yarar hakkında farklı tartışmalar yaşanmakta olup, bu suçta birden fazla hukuksal yararın korunduğuna dair ortak görüşler de mevcuttur. Bu görüşe göre genital muayene suçunda vücut bütünlüğü dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlık ve adliyenin işleyişinin korunması amaçlanmıştır[331].

Genital muayene suçunun failini, muyaneye gönderen ve yapan olmak üzere iki şekilde değerlendirebiliriz. Genital muayeneye gönderme fiili açısından, adli amaçlı veya suç delilini ortya koymak amacıyla fail; kolluk kuvveti, okul müdürü, yurt müdürü, yetkili olmayan yargı mensupları dâhil herkes olabilir[332]. Adli amaçlı olarak suça ilişkin delil elde etmek amacıyla yapılan muayenelerde, bu suçun oluşacağı kabul edildiğinden dolayı, genital muayeneye gönderme eylemi bakımından, herhangi bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla muayene gönderen veya götürenler bu suçun faili olabilecektir. Suça ilişkin delil elde etmek maksadıyla mağdur ve/ veya yakınları tarafından failin zorla muayeneye gönderilmesi/ götürülmesi halinde bu suç oluşacağı gibi, kolluk görevlilerinin hakim veya savcı kararı olmaksızın muayene göndermeleri halinde de bu suç oluşacaktır. Gönderme hareketi bakımından herkes suçun faili olabilir. Suçun faili olarak muayeneyi yapan kişi açısından bu suç, özgü suç olarak nitelendirilecektir. Çünkü genital muayene yapma yetkisi, sağlık görevlilerinindir; bu yüzden yetkili sağlık çalışanları dışında bu fiili gerçekleştirmek isteyen kişinin yaptığı eylem, cinsel dokunulmazlık ile ilişkili suçlar arasından değelendirilecektir[333].

---

[331] Fulya Eroğlu, " Genital Muayene Suçları (TCK m. 287)", **Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, 2010/1, s. 1129; Mehmet Nihat Kanbur, " Genital Muayene Suçu" **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl 6, Sayı 16, Ağustos 2011, s. 10.

[332] Şatır, **Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Yargıtay ve Danıştay İçtihatları**, s.479: Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 605-606.

[333] Ayşe, Nuhoğlu, "Genital Muayene Suçu (TCK M. 287)", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019,s.2993-2994; Şatır, **Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Yargıtay ve Danıştay İçtihatları**, s. 479-480: Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 605-606.

Genital muayene suçunun mağduru kadın, erkek veya çocuk, adli amaçlı genital muayeneye gönderilen ve/veya muayene edilen herkes olabilir.[334] Ancak bu suçta en önemli husus, kişinin rızasının varlığı ve bu muayenenin ne amaçla yapıldığıdır. Eğer kişi yetkili yargı organlarınca, genital muayane amaçlı gönderilmiş ve rızası da varsa, bu durum hukuka uygun olacaktır. Ancak kişi, adli muayene amacı dışında da hekime başvurabilecektir. Bu tür durumlarda, kişinin kendi isteğiyle, hekime genital muayene amaçlı başvurması, bu suçun unsurlarını oluşturmayacaktır. Bu ilişki, hasta hekim ilişkisi bağlamında değerlendirilip, sıradan tıbbi müdahalelerden biri olarak görülecektir. Genital muayene suçunda, önemli olan ayrım, genel olarak genital muayenenin tıbbi müdahale amacının dışında adli veya başka amaçla gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Genital muayene suçu, muayeneye göndermek ve muayeneyi yapmak üzere iki seçimlik hareketten birinin veya ikisinin birlikte gerçekleşmesi ile oluşur. Seçimlik hareketlerden bahsetmeden önce genital muayene kavramı konusunda yaşanan tartışmalara değinmek yerinde olacaktır. Doktrinde yaşanan tartışmalarda, anüs bölgesinin de genital muayene kapsamında olup olmadığıdır. Bu görüşlerden birine göre; anüs bölgesinin muayenesinin de genitalmuaye kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu görüşü savunanlar, Beden Muayenesi Yönetmeliğinde, cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayenenin de iç beden muayenesi sayılacağı hüküm altına alındığını ve bu yüzdengenital organlar ve anüs bölgesinin muayenesinin genital muayene kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadırlar. Seçimlik hareketlerden ilki olan genital muayeneye gönderme suçu açısından, genital muayeneye gönderme fiili, yetkili olmayan biri tarafından mağdurun muayeneye gönderilmesi şeklinde açıklanacaktır. Genital muayene gönderme eylemi açısından, yargı organlarının suçlanabilmesi için bu konu ile yetkili olmamaları gerekir. Bu suçlamaya maruz kalabilecek bir başka fail örneği de ebeveynler olacaktır. Dokrinde yapılan tartışmalarda, ebeveynlerin reşit olmayan çocuklar üzerinde velayet yetkilerinin genital muayeneyi de kapsayıp

[334] Nuhoğlu, "Genital Muayene Suçu (TCK m. 287)", s. 2994.

kapsamadığıdır[335]. Kanaatimizce, ebeveynlerin; bu fiili gerçekleştirken kastlarının ne olduğu önemli olacaktır. Eğer ebeveynler, velayet yetkisi kapsamında, çocuklarının bakımı ve gözetimi sorumluluğuyla, onların sağlık muayenesi ve tedavisini yaptırırlarsa, bu durumugenital muayene suçunun fiili olarak değerlendirmemek gerekir. Ancak ebeveynlerin, çocuklarının bekâretini kontrol amacıyla, onların genital muayenesini yaptırmalarını, genital muayene suçu kapsamında değerlendirmek doğru olacaktır. Çünkü bu saikle yapılan genital muayene, ancak bir soruşturma ya da kovuşturma kapsamında, yetkili hâkim ve savcı kararı ile yapılabilecektir. Yukarıda belirttiğimiz gibi genital muayene yapma, seçimlik hareketi açısından fail, sadece genital muayene yapma konusunda yetkilendirilmiş sağlık çalışanıdır. Genital muayene suçunun oluşması için öncelikle bu eylemin adli bir amaçla yapılma gayreti olmalıdır. Adli bir amaçla genital muayeneye gönderilmiş mağdur, yetkili olmayan kişilerce gönderilmişisekişiningenital muayenesini yapan hekimde bu suçun faili kapsamında değerlendirilecektir.

Genital muayene suçu kasten işlenebilir. Suçun oluşması için genel kast yeterlidir. Yani fail, hukuka aykırı bir şekilde genital muayene gönderdiğini veya hukuka aykırı bir şekilde genital muayeneyi yaptığını bilmeli ve istemelidir.

Genital muayene suçunda hukuka uygunluk sebeplerinden biri de ilgilinin rızasıdır.[336] Kişinin bu konudaki rızasını iki farklı şekilde değerlendirmek gerekir: Örneğin kişinin genital muayeneyi, genel tıbbi müdahale açısından, sağlığını korumak adına, hekime kendi rızası ile yaptırması, hukuka uygun olarak görülecektir. Bu kapsamda, ebeveynlerin velayetleri altındaki çocuklarının sağlığını koruma adına hekime, çocuklarının genital muayenesine rıza göstermiş olmasını da bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Ancak kişinin genital muayenesi, adli anlamda yaptıırlmaya çalışılıyor ve kişinin rızası olsa bile bu durum hukuka aykırı değerlendirlmelidir. Bu tür durumlarda kişin rızası olsa bile TCK 287. maddesindeki belirtilenlere aykırı bir durum varsa, genital muayene suçu oluşmuş olur. Dolayısıyla

[335] İbrahim, Dülger, "Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (28 Şubat- 1 Mart 2008), Türkiye Barolar Birliği Yayınları**, Ankara 2008, s. 1265; Özlem, YENER ÇAKMUT, " Türk Ceza Yasası'nda Genital Muayene Suçu", **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi " Sağlık Hukuku Makaleleri**, 10/17 Eylül 2011, s. 52.

[336] Dülger, " Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene", s. 1277; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 610-611.

herhangi bir suç mağduru olmaksızın veya bir suça ilişkin delil elde etme amacı olmaksızın, ilgilinin rızası ile gerçekleştirilen genital muayenenin bu suç kapsamında değerlendirilmeyeceğini düşünmekteyiz. Genital muayene suçu ile ilgili olarak TCK 287. maddesinde belirtilen ikinci hukuka uygunluk sebebi ise; *"Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve yönetmeliklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz"* şeklindedir. Bu duruma örnek olarak Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü ile genel kadınların genital bölge muayenelerinin yaptırmaları gerektikleri ile ilgili hükümler verilebilir. Bu duruma benzer olarak Evlenme muayenesi hakkındaki tüzük gereğince yapılan genital bölge muayenesi de hukuka uygun olacaktır.

6.2.7. Hekimlerin Suçu Bildirmeme Suçu Kapsamında Cezai Sorumluluğu

Hekimler ve diğer sağlık çalışanları, görevleri nedeniyle, hastaya müdahale ederken, hastayla iligili birçok özel bilgiye de ulaşmaktadırlar. Hasta hakkındaki özel bilgilerin bazıları, hasta tarafından, direkt hekimlere paylaşılırken, bir kısmı da hekimlerin hastayla ilgili gözlemlerinden kaynaklanmaktadır. Hekimlerin, sağlık hizmeti sunarken, hastalarıyla ilgili sahip olduğu bazı bilgiler, genel geçer bilgiler,bazı bilgiler ise hastaya özel ve onun müdahale edilemeyecek alanı olan özel hayatı ile ilgili olacaktır. Hastaların ve genel olarak tüm insanların, özel hayatının korunmasına dair anayasamızın 20. maddesinde hüküm altına alınan *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."* şeklindeki değerlendirme ile genel bir düzenleme yapılmıştır. Ancak yine Anayasanın 20/2'de bir kişiye ait genel dokunulmazlık alanın hangi şartlar altında dokunulabilir olacağı şu şekilde yer almaktadır: *"Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel*

kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar". Anayasanın 20/2 maddesince özel hayatın gizliliğine getirilen istisnayla, hekimlerin meslek sırrı niteliğindeki bilgilerinin ne olduğu veya ne olması gerektiği hususunu tartışmak gerekecektir. Sır sözlük anlamı itibariyle *"varlığı ve bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şeydir"* manasıyla kullanılır.[337] Meslek sırrı ise "bir mesleğinin icrası sırasında öğrenilen, sır sahibi tarafından açıklanmaması öngörülen ve objektif olarak başkaları tarafından bilinmeyen, bireyin özel yaşamına ilişkin bilgi ve olaylar" anlamıyla pratik hayatta yerini bulur.[338] Hekimler, meslek sırrı niteliğindeki bilgilere, hastayla temas kurduğu ilk andan itibaren sahip olabilmektedir. Hekimlerin, hastayla teması sonrası, öğrendiği bu meslek sırrı niteliğindeki bilgileri, özenle koruma ve saklama yükümlülüklerini ortaya koyan çok sayıda hukuki mevzuat mevcuttur: "Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.4, Hasta Hakları Yönetmeliği md.5-(f), Hasta Hakları Yönetmeliği md.20, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md.9, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi md.10 ve Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun md. 7" gibi düzenlemeler örnek gösterilebilir. Anayasanın 20. maddesiyle kişilerin özel hayatının gizliliği hakkına vurgu yapılmış yine aynı maddenin 2. fıkrasıyla bu hak ile ilgili olarak birtakım istisnalar getirilmiştir. İşte tam da bu noktada, Anayasa ile özel hayatın gizliliğine getirilen istisna boyutuyla, meslek sırrı niteliğindeki bilgisini kavramsal olarak tartışmak gerekir. Hangi bilgilerin meslek sırrı niteliğinde olması gerektiği ve meslek sırrı niteliğindeki bilgilerin özel hayatın gizliliği hakkına dair getirilen sınırlandırmalarla birlikte düşünüldüğünde ne kadarınıın açıklanabilir olabileceği ortaya konmalıdır. Anayasa ile özel hayatın gizliliğine getirilen sınırlandırma *"Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması…"* ile hekimler meslek sırrı niteliğindeki bazı bilgileri toplumun sağlığı ve güvenliği açısından açıklamakla yükümlü hale gelmektedir.

---

[337] TDK, Güncel Türkçe Sözlük, Çevrimiçi, https://sozluk.gov.tr/, Erişim Tarihi:02.06..2021.

[338] Rahime, Erbaş, **Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 14.

Hekimlere, bir taraftan Anayasa ile kamu sağlığı ve güvenliği sağlama açısından bazı bilgileri aktarma yükümlülüğü getirilirken, diğer taraftan da diğer hukuki mevzuat ile meslek sırrı niteliğindeki bilgileri özenle saklama görevi verilmektedir. Tartışmalı olan nokta, hekimin kamu sağlığını ve güvenliğini sağlama adına, kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesi meşru hale gelmiş olacaktır. Kamu sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için de suç niteliğindeki bazı bilgilerin devletin yetkili kişlerince bilinmesi ve ona göre önlemler alınması gerekecektir. Bu amaçla TCK'da hukuki düzenleme yapılarak, özel hayatın gizliliğinin sınırlandırılması maksadıyla bazı bilgilerin, kamu gücüyle paylaşılması zorunluluğu ortaya koyulmaktadır:

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

Suçun, adlî kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi

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.

Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır"[339].

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu, "Adliyeye Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Adliyeye karşı suçlar başlığı altındaki suç örnekleri ile daha çok kamu düzeni ve güvenliği sağlanmaya çalışılır. Aslında hekimler, sağlık hizmetleri sunumunda karşılaşacakları suç unsurlarını veya suçlunun kendisini, kamu gücü olan devlet ile paylaşacalarıdır, böylelikle kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması hususunda yükümlüklerini yerine getirmiş olacaklardır.

[339] TCK 279. ve 280. maddelerine bakınız.

İşlenen her bir suç,varolan kamu düzenini bozma girişimi olarak algılanacaktır. Bu yüzden, işlenen suçların soruşturulması ve kovuşturulması, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğundan, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması amacıyla hekimlerin, görevlerini yaptıkları sırada, suç işlendiğine yönelik bir belirtiyle karşılaştıklarında, yetkili makamları, bu suçtan haberdar etmeleri gerekmektedir. Suçu bildirme suçu ile kamu düzenini ihlal edebilecek herhangi bir suçun bildirilmesi sağlanarak, kamu düzeninin bozulmasına yönelik ihlalin önlenmesi amaçlanmaktadır.[340]

Hekimler ve diğer sağlık çalışanları için suçu bildirmeme suçunun konusu; sağlık çalışanlarının ve hekimlerin hastalarına sağlık hizmeti sunarken, herhangi bir suçun belirtileriyle karşılaşmaları üzerine, bu belirtileri devlet ile paylaşması şeklinde anlaşılmalıdır.[341] Ancak burada, suş belirtisinden kastettiğimiz, hukuka aykırılık değil, herhangi bir suçun belirtisi olma durumudur. Suçu bildirmeme suçu bakımından suç belirtisinin olması ve bununla ilgili haber verilmesi yeterli olacaktır. Bu suç oluşması açısından, hekimin karşılaştığı tehlikenin veya bahsedilen belirtinin doğuracağı suçun oluşması gerekmeyecektir. Bu yüzden, suçu bildirmeme suçunu soyut tehlike suçu olarak değerlendirmek gerekir. TCK'nın 280. maddesinde bahsedilen suçun konusu olan belirtilerin ne olacağına dair net bir açıklama yoktur. Bu suç tipinde, hekimin yorumu ile beraber, herşey bu suçun konusu olan belirti olabilecektir[342]. Ancak burada en önemli husus, bu belirtilerin nerede görüldüğü sorusuna verilecek cevap olacaktır. Hekimin suçu bildirmeme suçunun faili olabilmesi için gördüğü belirtileri, mutlaka sağlık hizmeti sunarken, yani görevi

---

[340] Erbaş, **Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s. 127

[341] Aslı Ekin, Yılmaz, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (Tck Md.280)", **TAÜHFD (Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi),** 2020; 2(2): 235-282 s. 246-249; Hamide, Zafer, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu", İÜHFM, 2013, LXXI (1), s. 1337; Özlem, YENERER ÇAKMUT, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan Özel Sayısı**, C.XII, S.1-3, 2006 s. 1052-1053.

[342] Sevinç, Arslan Hızal, "Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü", **Ceza Hukuku Dergisi**, 2010, s. 134.

başındayken görmüş olup, bunları bildirmemesi olarak değerlendirmek doğru olacaktır[343].

Sağlık çalışanlarının suçu bildirmeme suçu, özgü bir suç tipi olup, sadece sağlık çalışanları tarafından işlenebilen bir suç tipidir. Tck 280/2'de fail için *"tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler"* şeklinde belirtilerek sağlık hizmetleri sunumunda yer alan bütün sağlık çalışanlarını kapsaması yönünde geniş bir değerlendirme yapılmıştır. Kanaatimizce, sağlık çalışanları ile ilgili yapılacak değerlendirme, sağlık hizmet sunumunda bulunan herkes olarak anlaşılmalıdır. Ancak sağlık hizmeti sunumu, sadece kamuda yapılmamaktadır, aynı zamanda kamu dışında, herhangi bir özel kurumda da verilebilecektir. Bu yüzden, kamu görevlisi olan sağlık çalışanlarının, bu suç kapsamında fail olarak değerlendirilmesinde TCK madde 279 ve 280 bağlamında içtima hükümleri ile değerlendirme yapılabilir. TCK 279. maddesinde bütün kamu görevlilerini kapsayan bir düzenleme yapılmış olup, sağlık çalışanı olup olmamasına bakılmaksızın, bütün kamu görevlileri şeklinde değerlendirme yapılmıştır. Tıbbi müdahale sürecinde, bazen birden fazla sağlık çalışanı eşlik etmektedir. Bu tür durumlarda ise suçu bildirmeme suçunun faili olma anlamında, herbirinin bu kapsamda suçu bildirme yükümlülüğü vardır. Doktrinde yapılan tartışmalarda, iki farklı görüş mevcuttur: bu görüşlerden ilki; birden fazla sağlık çalışanı, tıbbı müdahale esnasında suçun unsurlarına eşilketmişsse, her birinin ayrı ayrı suçu bildirme yükümlülüğü vardır, sağlık çalışanlarından birinin suçu bildirmesiyle diğerlerinin suçu bildirme yükümlülüğü kalkmayacaktır. Görüşlerden bir diğeri ise; birden fazla sağlık çalışanın, suç unsurlarına şahitlik etmesi durumunda, bu sağlık çalışanlarından birinin suçu bildirmesiyle diğerlerinin sorumluluklarının ortadan kalakacağı şeklindedir[344].

---

[343] A. Burak, Karahan, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, ISSN 2146-0590, s. 954-955.

[344] Aslı Ekin, Yılmaz, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (Tck Md.280)", **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2020; 2(2): 235-282 s. 246-249; Hamide, Zafer, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu", **İÜHFM**, 2013, LXXI (1), s.1337.; Yenerer Çakmut, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", s. 1052-1053.

Sağlık çalışanlarının suçu bildirmeme suçu, adliyeye karşı işlenen suçlar bölümünde kaleme alınmış olup, bu suçla korunması istenen hukuksal yarar ise kamu düzeni ve kamu güvenliğidir. Bu yüzden, bu suçun mağduru; kamu düzeni anlamında tüm kamu olarak görmek gerekir. Dolayısıyla sağlık çalışanlarının suçu bildirmeme suçunda herhangi bir özgün mağdur olmayacaktır[345].

Sağlık çalışanlarının suçu bildirmeme suçunun manevi unsuru kast olmalıdır. Nitekim doktrinde, bu suçun manevi unsurunun doğrudan kast veya olası kast ile işlenebileneceğine dair farklı görüşler mevcuttur. Maneviunsuırla ilgili olarak genel değerlendirme; TCK280. Maddesinde *"herhangi bir suçun unsurundan haberdar olmuş sağlık çalışanları"* denilerek sağlık çalışanlarının suçu bildirmeme suçunun doğrudan kast ile işlenebilen bir suç olduğu ortaya koyulmuştur. Diğer bir görüş ise; sağlık çalışanlarının karşılaştığı eylem veya kişilerin suç unsuru veya suçlu olduğunu öngörememesi mümkün olduğundan dolayı, olası kast ile de işlenebilen bir suç olduğu yönünde değerlendirmelerdir[346]. Ancak sağlık çalışanlarının hukuk formasyonu olmadığından dolayı, bazen karşılaştığı durumun, suç ile ilişkisini orataya koyamayacak veya suç değilde, başka bir nedenle ilişkisini koyarak hataya uğramış olabilir. Bu yüzden, suçu bildirmeme suçu bağlamında, hataya düşen sağlık çalışanının kastı ortadan kalkacağı için cezai yükümlülük altına girmeyecektir. Ayrıcasuçu bildirmeme suçun taksirle işlenebilen suçlar arasında olmadığından dolayı hata gibi durumlarda sağlık çalışanının herhangi bir cezai yükümlülüğü olmayacaktır[347].

Sağlık çalışanlarının suçu bildirmeme suçu kapsamında; bazı durumlarda karşılaştığı eylem ve kişileri bildirmemeleri, hukuka uygun olarak değerlendirilecektir. Hukuka uygunluk nedenlerden biri de, Anayasamızın 38/5'de *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda*

---

[345] Erbaş, "Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü", s. 154.

[346] Karahan, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", s. 962; Erbaş, "Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü", s. 155; Mahmut, Koca,"Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.III, S.1, 2012, s. 127.

[347] Erbaş, "Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü", s.154; Hamide, Zafer, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu", **İÜHFM**, C.LXXI, S: 1, 2013, s. 1345.

bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" şeklinde yapılan değerlendirme ilişkilidir.

Kanaatimizce, herhangi bir sağlık çalışanı, kendisi veya kendi yakınları tarafından işlenen bir suç ile ilişkili olan belirtiyi, yetkili makamlara bildirmez ise, suçu bildirmeme suçu kapsamında cezalandırılamayacaktır. Her ne kadar böyle bir değerlendirme TCK'nın 280. Maddesinde yer almamışsa bile, üst norm niteliğinde olan ve herhangi bir kişi sınırlamasına gitmeyen, Anayasanın 38/5 maddesindeki hüküm ile bu durum hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi gerekir[348]. Sağlık çalışanlarının suçu bildirmeme suçu için hukuka uygunluk nedenlerinden biri de TCK m. 192/4 deki düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre:

" Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, cezaya hükmolunmaz. Bu durumda kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279 uncu ve 280 inci maddeler uyarınca suçu bildirme yükümlülüğü doğmaz". Dolayısıyla bu tür durumlarda, sağlık çalışanının bu eylemi veya kişiyi, yetkili makamlara bildirmemesi suç kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Sağlık çalışanlarının suçu bildirmeme suçu kapsamında, hukuka uygunluk nedenlerinden biri olarak tartışılan konu, sağlık çalışanın sır saklama yükümlülüğüdür[349]. Kanatimizce suçun bildirilmesinin iki açıdan sır saklama yükümlülüğüne üstün görüleceğidir: ilk olarak, hasta hakları yönetmeliğinin 23. maddesinde; sağlık çalışanının hastasıyla ilgili sır saklama sorumluluğunun ancak kanunun müsaade edildiği durumlarda ortadan kalakacağına dair düzenlemedir. Bir diğer üstünlük ise suçu bildirmeme suçundaki hukuki yarar, kamu düzeni ve güvenliğidir. Dolayısıyla sır saklama sorumluluğundaki hukuksal yarar, kişisel boyuttadır ancak suçu bildirmeme suçundaki hukuki yarar ise kamu yararı olduğu

[348] Erbaş, "Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü", s. 164.

[349] Maral, Törenli Çakıroğlu, "Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu" **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt: 12, Sayı 2, 2010, s. 163-169.

için bu iki hukuksal yarar karşılaştırıldığında, kamu yararının üstün gelmesi gerektiği düşüncesiyle, suçu bildirmeme suçu anlamında suçun bildirilmesinin sır saklma yükümlülüğüne aykırı olmayacağı görüşündeyiz.

Sağlık çalışanının suçu bildirmeme suçundan dolayı fail olabilmesi için kusurlu olması gerekecektir. Sağlık çalışanın kusurlu halinin sonlanmasına neden olacak nedenlerden biri, bildirmi yapması önündeengel olan mücbir sebep veya beklenmedik hal olabilmektedir. Hastasına müdahale esnasında, suçun unsurlarını görmüş olan hekimin, suçu bildirimini yapmadan öce trafik kazası geçirmesi ve bu bildirimi yapamamasını, bu durumua örnek olarak gösterebiliriz. Suçu bildirmeme suçu kapsamında, kusurlu hali ortdan kaldıran bir diğer durum ise zorunluluk halidir. Hekimin yaralı bir hastayı muayene ettikten sonra, acilen ameliyata alması ve bu yüzden bildirimin gecikmesi kusurluluğu zorunluluk nedeni ile ortadan kaldıracaktır[350].

6.2.8. Hekimlerin Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Açıklanması Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu

Özel ve aile hayatına saygı hakkı, devletlerin negatif yükümlülükler çerçevesinde, koruma görevi olan insan haklarındandır[351]. Özel ve aile hayatına saygı hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde şöyle koruma altına alınmıştır: *"Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir"*. Aynı maddenin 2. fıkrasında hangi durumlarda, bu hakka dokunulabileceği yer almakatadır; *"Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir"*. Uluslararası sözleşme ile koruma altına alınan Özel ve aile hayatına saygı hakkı Anayasamızda da; *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini*

[350] Erbaş, "Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü", s.174; Zafer, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu", s. 1347.

[351] İbrahim Ö., Kaboğlu**, Anayasa Hukuku Dersleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 234.

isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz". şeklinde yer almaktadır. Temel insan haklarından olan Özel ve aile hayatına saygı, hakkın içeriği ile ilişkili olan kişisel verilerin, devlet tarafından nasıl koruma altına alınacağı ve yükümlülüklerin belirtildiği Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 2016 yılında resmi gazetede yayınlanmıştır. Bu kanunun 1. maddesi ile *"... kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir"* amaçlanmıştır. Kişisel verilerin gizli kalmasının ihlal edilmesi sonucu oluşan bu suçun tanımı ve cezai yükümlülüğü TCK'da şöyle yer almaktadır:

"Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır

Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"(md. 135).

Temel insan haklarından olan, Özel ve aile hayatına saygı hakkı ile sıkı ilişki içinde bulunan kişisel verilerin muhafaza edilmesi sorunu, günlük hekimlik pratiğinde sık karşılaşılan sorunlardan biridir. Hekimler ve diğer sağlık çalışanları, hastaya müdahale ederken, hastanın özel hayatı kapsamında, hasta hakkında birçok bilgi sahibi olacaklardır[352]. Özel hayata saygı kapsamında, hastanın bilgilerinin kimseyle paylaşılmamasını isteme hakkı mevcuttur. Hastanın kişisel bilgilerinin, hekim tarafından özenle korunması gerekliliğinin belirtildiği ve bu anlamda hekime poziitf yükümlülükler veren uluslararası hasta hakları bildirgelerinden olan Lizbon hasta hakları bildirgesinde *" Hasta, kendisiyle ilgili tüm tıbbi ve kişisel bilgilerin gizliliğine gereken saygıyı göstermesini hekiminden bekleme hakkına sahiptir"*

[352] Yusuf, Büyükay,"Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt VIII Sayı: 1-2 Yıl: 2004, s. 394.

şeklinde yer almaktadır. Hastaya yapılacak müdahaleler esnasında elde edilen verilerin gizliliğinin önemli olduğu ve korunması gerektiğini önemle vurgulayan bir başka uluslararası belge de Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunmasına Dair Sözleşmesinin 10. Maddesidir. Maddeye göre;*"Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir; Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir"*. Uluslararası belgelerle sıkı koruma altına alınan özel hayata saygı hakkı ile ilgili olarak kişisel verilerin korunması, ulusal mevzuatımızda da sıkı koruma altına alınmıştır; Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. Maddesinde;

"Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.

Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;

a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,

b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,

c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,

d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,

e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,

f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.

Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır".

Uluslararası ve iç hukuki belgelerle sıkı koruma altına alınan, hastanın özel hayatına saygı kapsamınd, hastanın tedavi amacıyla sağlık kuruluşuna başvurusu sırasında, kendisiyle iligili tüm verilerin korunmasını isteme hakkı vardır Bu anlamda, sağlık kuruluşlarının ve hekimlerin, hastadan sağladıkları tüm verileri, herkese karşı, titizlikle koruma görevi olacaktır. Hekimlerin, tıbbi müdahale esnasında, hastadan elde ettikleri kişisel tüm verilerinin koruması yükümlülüklerinin olduğunu ortya koyan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 4. Maddesi; *"Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz"* şeklindedir. Hekimlerin sır saklama ve kişisel verileri koruma yükümlülüklerinin olduğu ve hekimlere bu nedenle sorumluluk verilen Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 9. Maddesinde;

"Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadankaldırmaz.

Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanmasının hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir.

Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez.

Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir."

Bu yüzden, hekimler sağlık hizmeti sunarken, hasta ile lgili olarak elde ettiği verileri, kanunların müsaade ettiği kurallar dışında hiçbir şekilde açıklayamaz (Hasta Hakları Yönetmeliği md. 23/1) Hasta ile ilgili veriler, herhangi bir ceza soruşturma

veya kovuşturma sırasında, konu haline gelmişsse, hekimler bu verilerle ilgili olarak tanıklıktan çekinebileceklerdir (CMK md. 46/1-b). Eğer hastanın rızası varsa ,hekimler bu sebeple tanıklıktan çekinemeyeceklerdir (CMK md. 46/2). Hekimler hastalarıyla ilgili olarak, kişisel verilere sahip olduklarından dolayı, hastalarını ilgilendiren hukuk veya ceza davalarında, bilirkişilikten de çekinme hakları olacaktır (CMK md. 70/1, Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md. 9/4)

TCK'nın 136. maddesinde yer alan *"Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"* şeklindeki düzenleme ile bu suçta asıl sorgulanması gereken husus kişisel verilerden ne anlaşılması gerektiğidir. Kanaatimizce, hekim ile hastasının temas kurduğu ilk andan itibaren, alınan bütün bilgiler, kişisel veri kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim hastanın hekime vereceği tüm bilgiler birbiri ile ilişkili olacaktır. Ancak TCK bağlamında değerlendirme yapılırsa, kişisel veriyi; hekimin hastasından aldığı ve hastasının başkaları tarafından öğrenilmesini, duyulmasını istemediği bilgiler olarak tanımlamak daha doğru olacaktır[353]. Örneğin hastanın şu bilgileri, kişisel veri kapsamında değerlendirilmelidir: hastalığının adı, hastalığının seyri, hastalığının tedavisi, hastanın tetkikleri, hastaya yapılan tüm tıbbi girişimler, hastanın demografik özellikler, hastanın adres bilgileri, hastanın fotoğrafı gibi veriler. TCK'da yapılan kişisel veri değerlendirmesi, çok geniş tutulmuş olup, sadece kişisel veri olmasını önemsemiş, ayrıca gizli bigi değerlendirmesi yapmamıştır; hastanın herkes tarafından bilinen bilgileri de bu tanımlama içerisinde yer almaktadır. Ancak kanaatimizce bu değerlendirmeyi daraltıp, kişisel veriyi; hastanın herkes tarafından bilinmeyen ve hastanın başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği veriler şeklinde tanımlamak yerinde olacaktır[354]. Tıp hukuku bağlamında kişisel verinin ne anlama geldiği konusunda yapılan bir başka değerlendirme de Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme'nin 2. Maddesinde yapılmıştır: "kişisel veri, kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgiler" Bununla birlikte

[353] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 556-560.

[354] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 556-560; Handan, Yokuş Sevük, "Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması" **Tıp Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği**, Ankara 2008, s. 796.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tıbbi Veriler Hakkındaki (97) 5 sayılı Tavsiye Kararı'nın 1. maddesine göre, tıbbi veri bireyin sağlık durumu ile ilgili herşeyi kapsar.

Genel olarak hekimler, hastalarından aldığı bilgileri, hastanın ailesiyle de paylaşmamalıdır. Ancak hekim bu tür drumlarda, ailenin korunması ve hastanın menfaatini düşünerek hareket etmelidir. Bu duruma örnek olarak, çocuk hastaları verebiliriz. Henüz rıza verme yetkisine sahip olmayan bir çocuk da genel olarak hekimin sır saklama yükümlülüğünden tam olarak faydalanma hakkı vardır. Eğer çocuğun ebeveyninin, çocuğu hakkında, hekimden bilgi almasının çocuğa faydası olacaksa, hekim kişisel verinin aktarılmasını daha dar yorumlayıp, ebeveyn ile de paylaşabilir. Sonuç olarak bu tür durumlarda, somut olayın kendi özelliğine göre hekim karar vermelidir.

Kişisel veriler, kişinin özel hayatı kapsamında değerlendirildiğinden dolayı, bu verilerin başkaları ile paylaşılması ile özel hayatın gizliliği ihlal edilmiş olacaktır. Bu durumda, bu suç tipiyle korunan hukuki yarar tıp hukuku bağlamında değerlendirildiğinde, kişinin özel hayatı, kişilik hakları ve sağlık hakıdır[355]. Hasta, hekime başvurduğunda, hekime hastalığıyla ve kendisiyle ilgili verdiği bilgilerin bir başkasına paylaşılacağı endişesi duymamalıdır. Hekim, hastasının kişisel verilerini, kendi rızası olmaksızın, paylaşmasıyla hastanın sağlık hakkını ihlal etmiş olacak ve toplumun da sağlık hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bu yüzden tıbbi verilerin gizliliğinin korunmasında, hastanın ve toplumun yararı olduğunu kabul etmek doğru olacaktır.

Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Açıklanması Suçunda fail herkes olabilmektedir. TCK'nın bu suçun faili için yaptığı değerlendirme, geniş bir değerlendirme olup özgü suç niteliğindedeğildir. Dolayısıyla tıbbi verilerin, hukuka aykırı olarak paylaşılması suçunun faili, sadece hekimler değil, hastanede çalışan

[355] Yokuş Sevük, "Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması", s. 794.

herhangi bir sağlık personeli de olabilir[356]. Ancak TCK, bu suç bağlamında fail olabilecek bazı kişilerin, bu suçun eylemini yapmasını, şu şekilde niteliklii hal olarak hüküm altına almıştır: *"Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle, Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, İşlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır"*. Ayrıca bu suçun mağduru herkes olabilmekte olup tıp hukuku bağlamında değerlendirildiğinde hasta olarak değerlendirilir.

Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Açıklanması Suçunun maddi konusu, herhangi bir kişinin kişisel verisini verme, yayma veya ele geçirme eylemleridir.[357] Bu suç tipinde bu eylemleri herkes yapabilecektir. Bu suç tipinde, kişisel verinin nasıl elde edildiği veya nasıl kaydedildiği çok önemli değildir. Bu suç tipinde önemli olan, ulaşılan kişisel bilgilerin hukuka aykırı bir biçimde başkaları ile paylaşılmasıdır. Ayrıca Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Açıklanması Suçunun oluşması için verme, yayma veya ele geçirme eylemlerinden herhangi birinin meydana gelmesi yeterli olacaktır. Eğer elde edilen kişisel veriler hukuka aykırı olarak kaydedilmişse bu durum da TCK m.135'de ayrı bir suç olarak hüküm altına alınmıştır.

Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Açıklanması Suçu kasten işlenebilen bir suç tipidir. Bu suçun oluşumunda, genel kast yeterli olacaktır; failin hangi saikle davrandığının önemi olmayacaktır[358]. Bu suç, taksirle işllenebilen suçlar arasında omadığından dolayı, dikkat ve özen yükümlülüğüne uymamanın sonucunda bu eylem gerçekleşmişse, hekim bu suçtan cezalandırılamayacaktır. Buna örnek olarak, herhangi bir sağlık çalışanı, işlerin yoğunluğundan dolayı, bilgisayarı açık bırakmış ve bilgisayar ekranından hastanın verileri birileri tarafından ele geçirilmişse, sağlık çalışanınınkastı olmadığından dolayı cezalandırılmayacaktır.

---

[356] Mehmet, Akçakoca,"Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergis**i, Cilt:2, Sayı 1-2, Yıl. 2007 s:114; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 560-561.

[357] Akçakoca,"Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk", s. 116; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.561; Yokuş Sevük , "Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması" s. 797.

[358] Akçakoca, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk", s. 117; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 563; Yokuş Sevük,"Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması" s. 801.

Hastanın kişisel verilerinin açıklanmasıyla ile oluşan suç eyleminin hukuka uygun olmasını sağlayan birçok neden olabilir. Bu suç tipi için hukuka uygunluk nedenlerinden biri hastanın rızasıdır.[359] Bu nedenle, hastanın, kişisel verilerinin açıklanması konusunda rıza göstermesi, kişisel verilerin açıklanması fiilini hukuka uygun hale getirecektir (TCK m.26/2). Ayrıca bu suç için hukuka uygunluk sebebi olan hastanın rızası, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinde şu şekilde yer almakatadır: *"Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir"*. Tıp birçok bilim dalının birlikte çeşitli kararlar aldığı bir bilim alanıdır. Hastalar çeşitli rahatsızlıkları ile ilgili hekime başvuduruğu zaman bazen hastanın hastalığı birçok farklı uzmanlık alanını ilgilendirmektedir. Bu yüzden, hastanın verilerini birçok uzmanlık alanındaki hekim görmüş olacaktır. Bu tür olaylarda, vaka incelenirken, kişisel verilerinin açıklanmasıyla ile oluşan suç açısından, kast olmaması bu eylemi suç olmaktan çıkaracaktır. Ayrıca hastanın hastalığıyla ilgili bir hekime başvurması, hastalığının çözümüne dair hekimine her türlü yetki verdiği anlamına gelen zımmi rıza olarak varsayılacaktır. Bu yüzden verilen bu zımmi rıza ile bu eylem suç olarak değerlendirelemeyecektir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 5/2-b'deyer aldığı şekliyle, kişinin rızasını açıklayamayacağı bitkisel hayat, akıl hastalığı gibi durumlarda, kendisinin veya başkasının hayatını veya beden bütünlüğünü korumak amacıyla kişisel verilerin açıklanması hâlinde, kişinin rızasının olduğu varsayılır ve bu durum hukuka uygun olarak kabul edilecektir.[360]

Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Açıklanması Suçunun eylemini hukuka uygun hale getirecek bir diğer unsur ise kişinin kanun hükmü gereği hastanın verilerini açıklamasıdır. Kişisel verilerin korunması kanunun 5. maddesinde, rıza aranmasına gerek kalmaksızın hukuka uygun olarak sayılan kişisel verilerin paylaşılması halleri şöyle sıralanmıştır:

---

[359] Handan, Yokuş Sevük, "Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Yeni Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, Marmara Üniversitesi**, İstanbul 2006, s. 228-229.

[360] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 564; Yokuş Sevük, "Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması" s. 802.

"Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür:

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.

ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.

d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.

e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.

f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması"

TCK'nın 279 ve 280. Maddeleri, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 57, 97, 104, 113 ve 114. maddeleri, Ceza Muhakemesi Kanunu"nun 159. maddesi, Çocuk Koruma Kanunu m. 6, Özel Hastaneler Tüzüğü"nün 32 ve 40. maddeleri, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği"nin 86. Maddesi gibi bazı hallerde, hekime bildirim yükümlülüğü getirmiştir. Hekim, hukuki mevzuat gereği, hastanın verilerini ilgili kurum veya yerlerle paylaşmış ise bu suç açısından cezalandırılmayacaktır.

6.2.9. Hekimlerin Belgede Sahtecilik Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu

Belgeler veya resmi belgeler, hekimlerin günlük tababet hayatlarında çok sıkı ilişki içinde bulundukları kavramlardır. Belgeler, hasta hekim ilişkisinin yürümesini sağlayan, oluşan olumsuzlukları kanıtlayan ve hukuk önünde ıspat açısından delil niteliğinde olan evraklardır. Sağlık hizmetlerinin sunumunda, hastanın hekime veya

sağlık çalışanlarına olan güvenini pekiştiren bu belgeler, yapılacak tıbbi müdahaleyi de nitelikli hale getirecektir. Dolayısıyla sunulan sağlık hizmetlerinde kullanılan belgelerin aslına uygun olmaması veya bu belgeler üzerinde sahtecilik yapılması, toplumun veya kişilerin hekime olan güvenini sarsacaktır. Bu suçun işlenmesiyle beraber, toplumun hekime olan güveni sarsılacak ve hasta hekim ilişkisi çarpık hale gelecektir.

Belgede sahtecilik suçları, TCK 204-212. maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Belgede sahtecilik suçu, genelde görevi kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçları ile birlikte işlenmektedir. Belgede sahtecilik suçu ile toplumun güven duygusu sarsılacak ve sonuçta kamu güveni bozulacaktır. Bunun dışında üzerinde sahtecilik yapılan belgenin ortaya koyacağı haklar veya ilişkiler açısından da zarar oluşacaktır. Sonuçta bu belgeler, kamu düzeninin bir unsurudur. Belgelerin sakatlı hale gelmesi, belgelerin gerçekliğine olan güvenin sarsılmasına yol açacak, bu durum kamu düzenini olumsuz etkileyecektir. Ayrıca belgelerin sakatlanması ile bu belgelere bağlı olan çeşitli hukuksal ilişkilerin kanıtlanması ve belgelerin ortaya çıkaracağı haklar, zarara uğramış olacak ve hukuk düzeninin devamlılığı açısından zorunlu olan toplumun kamu düzenine olan güveni sarsılmış olacaktır. Belgede sahtecilik suçunun oluşmasını sağlayan belgeler, toplum içinde bazı hukuki ilişkilerin kurulmasında veya sona erdirilmesinde, bazı kişilerin hak ve borçlarının ispatında çok önemli bir yere sahiptirler. Bu yüzden bu suç ile birden fazla hak koruma altına alındığı görülse de öne çıkan hukuksal yarar kamu düzeni ve güvenidir.

Belgede sahtecilik suçunun maddi unsuru belgeler olmasına rağmen TCK'da belgenin tanımı yapılmamıştır. Ancak belgenin tanımlanması doktrindeki tartışmalar ve yargı kararları ışığında yapılmaktadır.

Belge sözcüğünün anlamı Türk Dil Kurumu sözlüğünde; *"Bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb. vesika, doküman"* şeklinde yer almaktadır. Türk dil kurumunun sözlüğünde yapılan tanımlama ile belge kavramının tanımıgeniş yapılmıştır. Belgenin tanımı TCK içerisindenet bir şekilde yapılmamıştır. Teknolojinin gelişmesiyle, belge kavramının içeriğinin gelecekte daha çok genişleyebileceği ve bu yüzden kanun içerisinde sınırlandırıcı bir belge

tanımının isabetli olmayacağı şeklindeki değerlendirmeler kanun metninin gerekçelerinde yer almıştır[361]. Buna karşın İsviçre Ceza Kanununda *"Hukukî değere sahip bir vakıayı ispata mahsus veya ispat için kullanılan bütün yazılar"*şeklinde tanımlama yapılmıştır[362]. Belgenin tanımı ile ilgili doktrinde farklı görüşler yer almaktadır: Bir görüşe göre hukuken hüküm ifade eden yazılı nesnelere, belge denilmektedir. Bir başka görüşe göre hukuk dünyasında bir anlam ve hüküm ifade eden her türlü nesne denilerek daha geniş bir tanımlama yapılmıştır[363]. Yargıtay'ın bazı kararlarında ise *"...Sahtecilik suçlarının maddi konusu belgelerdir. Belge ise içeriği olan, hak doğurucu, kaldırıcı ve kanıt aracı olan bir yazıdır. Belgenin hukuken geçerli bulunması zorunludur. Hukuken geçerli ve kanıt değerinde olmayan bir yazı, belge (varaka) niteliğini taşımadığından, bunda ya da buna dayanılarak yapılan işlemlerde sahtecilik suçu, zarar doğmayacağından söz konusu olamaz"*[364]. *"Belge; içeriği olan, hak doğurucu, kaldırıcı ve kanıt aracı olan yazıdır"*[365]. Kanaatimizce belgenin tanımı geniş tutulmalı, çünkü teknoloji gelişmekte ve her geçen gün dijital belgelerin sayısı daha çok artmaktadır. Bu yüzden sınırlandırıcı olmadan ve hukuk dünyasında herhangi bir değişikliğe neden olan her türlü nesneyi belge olarak değerlendirmek daha doğru olacaktır.

6.2.9.1. Belgenin Unsurları

a. Yazılı olması

Herhangi bir nesnenin hukuk âleminde belge olarak nitelendirilebilmesi için gereken başlıca unsur yazılı olmasıdır. Belgenin yazılı olması gerekliliği 5237 sayılı TCK'nın gerekçesinde: *"Belge, eski dilimizdeki "evrak" kelimesi karşılığında kullanılmakta olup, yazılı kağıt anlamına gelmektedir. Bu bakımdan yazılı kağıt*

---

[361] Arif, Gözel, "Belgede Sahtecilik Suçlarının Konusu Olarak Belge ve Elektronik Belge", **SDÜHFD(Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi)**, C: 5, S: 1, Y: 2015, s. 146.

[362] Abdullah Pulat, GÖZÜBÜYÜK, **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi** (3. Cilt), (Genişletilmiş 5. Bası). İstanbul, Kazancı Yayınları, s. 278.

[363] Nevzat, TOROSLU, **Ceza Hukuku Özel Kısım** (9.Baskı), Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s. 226.

[364]Yargıtay 6.CD T: 9/11/1981 E: 1981/6282 K: 1981/7084, https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/6-cd-e-1981-6282-k-1981-7084-t-09-11-1981, Erişim Tarihi: 14.07.2021.

[365] Yargıtay15.CD. T: 6/6/2016 E: 2014/2517 K: 2016/5863, ,www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 30.05.2021

niteliğinde olmayan şey, ispat kuvveti ne olursa olsun belge niteliği taşımamaktadır. Kağıt üzerindeki yazının anlaşılabilir bir içeriğe sahip olması ve ayrıca bir irade beyanını ihtiva etmesi gerekir" şeklinde yer almıştır[366]. Kanun gerekçesinde yazılı olması unsurunun zorunluluğuna yer verilmiş olmasına rağmen, bu yazının herhangi bir nesne üzerinde de olabileceği vurgusu yer almaktadır. Bu yüzden yazılı olmayan ancak ceza hukukunda delil niteliğinde olan sözlü açıklamalar; elektronik görüntü ve kayıtlar gibi nesneler belge niteliğinde değerlendirilmeyecektir[367]. Belgenin unsurlarından biri olarak ortaya konulan yazılılık unsuru, herhangi bir kişinin iradesini ortaya koyup, bu iradenin tespit edilmesini sağlayacaktır.

Belgenin yazılı olma unsuru, herhangi bir dille yerine getirilebilinir. Ancak yazılı olan bu nesnenin, herkes veya bazı gruplarca, anlaşılabilir olması ve bir hükmü ifade etmesi gerekir. Bu yüzden, yazıyı yazan kişinin dışında, hiç kimsenin bir anlam veremediği nesneleri, belge olarak nitelemek mümkün değildir. Başkalarınca anlam verilebilen belge vasfındaki nesnenin içeriğindeki yazının, mutlaka alfabede yer alan harflerden oluşması gerekmemektedir. Bir iradeyi ifade etmeye elverişli olduğu sürece, belgenin içeriği, şifreli ya da stenografik işaretler veya sayılardan da oluşabilecektir. Bu noktada önemli olan bu belgenin başkalarınca anlaşılması ve bir hüküm içermesidir.

Herhangi bir nesnenin, belge olarak kabul edilebilmesi için belli bir süre varlığını koruyabilmesini sağlayan araçlarla yazılması yeterli olacaktır. Yazının silinebilir olması, kalıcı bir vasıtayla yazılmamış olması, belge olması vasfını ortadan kaldırmayacaktır. Ancak bazı belgeler için hukuki mevzuatımız, belli araçların gerekli olduğunu ortaya koymuştur, bu tür durumlarda hukuki mevzuatın belirlediği şekilde olmayan nesne, belge vasfında kabul edilmeyecektir[368]. Bir nesnenin belge olarak kabul edilmesi için yazılı olması ile beraber yazının taşınır bir aracın üzerinde

---

[366] Mustafa, Atalan, **Dolandırıcılık, Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları Şerhi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 529.

[367] Koray, Doğan, "Ceza Hukukunda Belge Kavramı", **Ceza Hukuku Dergisi**, S: 14, Y: 5, Aralık 2010, s. 54.

[368] Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s.227; Ahmet, Gökçen, **Belgede Sahtecilik Suçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013,s.75.

olması gerekmektedir. Taşınır olarak kabul edilmeyen, bazı taşınmazlar üzerinde yer yalan yazılar, belge vasfında kabul edilmeyecektir. Nitekim bununla ilgili olarak Yargıtayın verdiği kararlarda, herhangi bir yazılı nesnenin belge olarak kabul edilmesi için, tanınır bir aracın üzerine yazılması gerektiği vurgulanmıştır.[369] Evrakta sahtecilik suçlarının konusunu oluşturan belgenin, taşınabilen bir şey üzerine yazılıp da hukukî ifade eden bir olayı kanıtlamaya yarayan yazı olduğu..." [370]

b. Hukuki Bir Değeri Olmalı

Herhangi bir nesnenin ceza hukuku anlamında, bir belge olarak nitelendirilebilmesi için yazılı olmasının yanında, içerik anlamında hukuki bir hüküm içermesi gerekir. Yazılı bir nesnenin içerisinde, herhangi bir maddi olayın anlatılması, belge niteliğine kavuşması için yeterli olmayacaktır. Bunun yanında yazılı nesnenin, içeriği anlamıyla delil olarak kullanılabilir nitelikte olması, yani hukuken anlamı olan bir hüküm içermesi gerekir.[371] Bu durumun gerekliliği 5237 sayılı TCK 204. maddesinin gerekçesinde şöyle yer almaktadır: *"Bir belgeden söz edebilmek için, kâğıt üzerindeki yazının içeriğinin hukukî bir kıymet taşıması, hukukî bir hüküm ifade eylemesi, hukukî bir sonuç doğurmaya elverişli olması gerekir"*. Sonuçta bir yazılı nesnein belge olabilmesi için içerisinde hüküm ifade etmesi yeterli olmayacak, bunun yanında kanıt oluşturma yeteneğinin olması gerekecektir. Belgenin içeriğindeki hükmün, hukuken korunmaya değer olması gerekecektir. Bu açıdan değerlendirildiğinde bir belgenin içerisinde belli bir vakanın tespiti veya aktarımı ya da herhangi bir hukuki ilşkinin varlığını veya yokluğunu göstermesi ile ilgili olarak bir irade beyanı varsa, bu belgenin kanıt yeteneğinin olduğunu ya da hukuken korunduğunu ve bu yüzden delil niteliğinde olacağını kabul etmek gerekir. Hukuken korunmaya değer olmayan hükmün, belgenin içerisinde olması, herhangi bir zarara neden olunmayacak anlamına gelecektir. Bu anlamda sahatecilik suçunun

---

[369] Yargıtay 11.CD. 22.2.2007, 8681-1073, www.kazanci.com.tr., Erişim Tarihi:30.05.2021.

[370] Yargıtay 21.CD T: 28/12/2016 E: 2015/8409 K: 2016/8043, https://www.hukukturk.com/Sonuc?q=Mahkeme+d%C4%B1%C5%9F%C4%B1+sulh&p=30&KararTuru=1471&Merci=4844%2C4084%2C4839%2C4768%2C4087%2C4843%2C4845%2C4775, Erişim Tarihi:14.07.2021

[371] Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi** , s. 278.

oluşması için de mutlaka bir zararın oluşması gerekir. Dolayısıyla hukuken korunmaya değer görülmeyen hükmün yazılı bir nesnede olması ve beraberinde herhangi bir zarara neden olmaması nedeniylebu nesne belge vasfında olmayacaktır. Nitekim Yargıtay'ın da çoğu kararlarında belgenin hukuken korunmaya değer, yani kanıtlanma yeteneğine sahip olması gerekliliği vurgulanmıştır: *"Özel belgede sahtecilik suçunun oluşması için o belgenin doğrudan hukukî sonuç doğurucu nitelikte olması gerekir. Belediyenin yeterli görüp işleme koymadığı ve içeriğinin gerçeğe uygunluğunu araştırdığı belgenin belediyeye verilmesiyle hemen hukukî sonuç doğurmadığı açıktır. Saptanan bu durum ve uygulamaya göre tanzim ve tevdi ile hukukî sonuç doğurmaları olanaksız olan bu belgelere dayanılarak sanığın mahkumiyetine karar verilmesinde isabet yoktur"*[372]. Bazı belgeler özellikle bir konuda delil oluşması amacıyla ortaya konulurlar; bir suç tutanağı, ilam, vekâletname veya borç senedi ya da sözleşme bu şekilde değerlendirilen belgelerdir. Ancak bazı belgeler ise düzenlendiği sırada, ispat amacıyla oluşturulmaz, ancak daha sonra kanıtlanma yeteneğine sahip olabilirler. Buna örnek olarak, herhangi bir kişinin, başka bir kişiye yazdığı mektup, düzenlendiği anda delil oluşturma gayesiyle oluturulmassa bile daha sonra yapılacak herhangi bir yargılamada, delil niteliğine kavuşabilecektir. Delil niteliğine kavuşmasıyla beraber yazılı mektup, belge vasfında değerlendirilecektir. Sonuç olarak Belgenin oluşması esnasında ispat kuvvetinin olması şart değildir, kanıtlanma yeteneği olsun diye oluşturulmayan bir belge dahi sonradan bu niteliğe sahip olabilir.

c. Düzenleyenin Belli olması

Yazılı bir nesnenin belge vasfında olabilmesi için gereken zorunlu unsurlardan biri de düzenleyenin belirlenebilir olmasıdır. Bu durum TCK'nın 204. maddesinin gerekçesinde: *"Bu yazının beli bir kişiye veya kişilere izafe edilebilir olması gerekir. Ancak, bu kişilerin gerçekten mevcut kişiler olması gerekmez. Bu itibarla, gerçek veya hayali belli bir kişiye izafe edilemeyen yazılı kâğıt, belge niteliği taşımaz. Kâğıt üzerindeki yazının belli bir kişiye izafe edilebilmesi için, bu*

[372] YCGK T: 5/11/1990, E: 1990/6-246 K: 1990/263, ,www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi:14.07.2021.

kişinin ad ve soyadının kâğıda eksiksiz bir şekilde yazılması ve kâğıdın bu kişi tarafından imzalanmış olması şart değildir" şeklinde ortaya konulmuştur. Belgenin düzenleyeninin belli olması şartı, fiilen belgeyi yazan olarak anlaşılmamalı, belgenin kimadına düzenlendiği olarak algılanmalıdır. Belgenin içeriğine bakıldığında, düzenleyenin kim olduğunu gösteren çok sayıda işaret vardır: imza, isim soyisim ve ya bir kişiyi gösteren simgeler vb. Örneğin kambiyo senetlerindeki imzanın geçerlilik şartı olmasındaki gibi. Bazı belgeler açısından, hukuki mevzuatımız düzenleyenin belli olması açısından şekil şartı koymuş olabilmektedir, bu tür durumlarda mutlaka şekil şartının yerine getirilmesi gerekir[373].

Bazı yazılı nesnelerin düzenleyeni belirlenebilir değildir, bu tür nesnelerin düzenleyeni ancak bilirkişiler yolu ile ayrıntılı bir inceleme ile ortaya konulabilir; bu tür nesneler belge olarak kabul edilemeyecektir.

Yazılı bir nesnenin içerisinde, düzenleyenin belli olması, belge vasfı için yeterli olacaktır. Düzenleyen kişinin, gerçekte varolan kişi olup olmadığı yani hayali bir kişi olması, belge niteliğinin yok olmasına neden olmayacaktır.[374] Bu duruma benzer olarak Yargıtayın bir kararında, hayali bir kişi adına kombiyo senedi düzenleyen kişinin de sahtecilik suçu işlediğine dair hüküm yer almaktadır: *"Sanığın, borcuna karşılık hayali kişiler adına 23 adet sah- te bono düzenleyerek şikâyetçiye ibraz ettiğinden ... tek bir resmi belgede sahtecilik suçundan hüküm ...kurulmalıdır"*[375].

6.2.9.2. Belge Türleri

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda belgeler üç ayrı gruba ayrılmış ve buna göre de satecilik suçu ile ilgili tasnif yapılmıştır. Bunlar resmi belge, özel belge ve resmi belge hükmündeki belgelerdir. Bu ayrım, yalnızca işlenen suç nedeni ile

---

[373] Hasan Tahsin, Gökcan, "Resmi Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 204)", **Ankara Barosu Dergisi**, 2009, 67/ 3, s. 99.

[374] İsmail, Malkoç, **Yeni Türk Ceza Kanunu**, 2.C. 2007, Ankara, Yetkin Kitapevi, s. 1353.

[375] Yargıtay 11.CD. 25.02.2009, 2008/17340 - 2009/1385 www.kazanci.com.tr., Erişim Tarihi: 14.07.2021.

verilecek ceza yönünden değil, suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesi açısından da aranan koşullar yönünden de önemlidir[376].

6.2.9.2.1. Resmi Belge

TCK'da belgelerle ilgili yapılan üçlü tasnif içerisinde, kanıt gücü en yüksek olarak değerlendirilen belgeler resmi belgelerdir. Resmi belgenin, özel belgeye göre kanıt gücünün daha yüksek olarak görülmesinin nedeni, resmi belgenin kamu düzeniiçerisindeçalışankamu görevlilerince düzenlenmiş olmasıdır. Resmi belgede sahtecilik suçu ile kamu güveni sarsılacağı için, bu belgelerin kanıt gücü daha yüksek görülmektedir. Bu anlayışla hazırlanan TCK'da belgelerin tasnifine uygun olarak; TCK'nın m.204-206, m.210/1. ile resmi belgede sahtecilik suçu; m. 207, m. 208. ile de özel belgede sahtecilik suçu düzenleme altına alınmıştır. TCK'da, resmi belgenin tanımı yapılmamış, resmi belgenin tanımı daha çok doktrin ve içtihatlarla yapılmıştır. Ancak TCK'nın 204. maddesinin gerekçesinde, resmi belgeye dair geniş açıklamalar yapılmıştır: *"Resmi belge, bir kamu görevlisi tarafından görevi gereği olarak düzenlenen yazıyı ifade etmektedir. Bu itibarla, düzenlenen belge ile, kamu görevlisinin ifa ettiği görev arasında bir irtibatın bulunması gerekir. Bu itibarla, bir kamu kurumu ile akdedilen sözleşme dolayısıyla özel hukuk hükümlerinin uygulanma kabiliyetinin olması hâlinde dahi, resmi belge vardır. Çünkü sözleşme, kamu kurumu adına kamu görevlisi tarafından imzalanmaktadır"*. Resmi belgenin tanımı ile ilgili olarak doktrindeki görüş birliği; *"bir kamu görevlisi tarafından, görev ve fonksiyonu sebebiyle düzenlenen yazı" olduğu yönündedir*[377]. Nitekim Yargıtay da doktrindeki bu görüş birliğine uygun kararlar vermiştir: *"Belgede sahtecilik cürümleri yönünden yapılan en önemi ayırım resmi ve özel belge ayırımı olup, bir de resmi belgeye eşit sayılan belge söz konusudur. Ceza Yasamızda ise resmi belgenin tanımı yapılmamıştır. Ancak doktrinde görüş birliği ile ileri sürüldüğü ve yargısal kararlarda istikrarlı biçimde vurgulandığı üzere; bir belgenin resmi belge sayılabilmesi için şu iki unsurun bulunması gerekir. 1) Belge bir memur tarafından düzenlenmiş olmalı, 2) Bu düzenleme ile memurun gördüğü fonksiyon arasında*

[376] Niyazi, Çiçek, "Hukuksal Geçerlilik Bakımından Resmi Belgelerin Biçimsel Özellikleri", **Amme İdaresi Dergisi**, C: 40, S: 4, Aralık 2007, s. 138 .

[377] Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 231.

nedensellik bağı bulunmalı, başka bir değişle belge görev gereği düzenlenmiş olmalıdır"[378].

a. Resmi Belgenin Özellikleri

a.a. Kamu Görevlisi Tarafından Düzenlenmesi

Bir belgenin resmi bir belge olarak kabul edilebilmesi için öncelikli olarak belgenin, kamu görevlisi tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bir belgeyi düzenleyen kişi, kamu görevlisi değilse, belge resmi belge olarak nitelendirilemeyecektir. TCK'da kamu görevlisi, kanunun 6/c maddesinde, *"Kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi"* olarak tanımlanmıştır. Her nekadar TCK'da kamu görevlisi tanımı bu şekilde yapılmış olsa bile, bazı durumlarda özel kanunlarla kamu görevlisi tanımı yapılmaktadır. Bu şekilde özel kanunlarla kamu görevlisi olarak ortaya konulan kişiler bu suçun faili konumunda olabileceklerdir[379].

a.a.a. Görev gereği düzenlenmesi

Resmi belgede sahtecilik suçundan ötürü bir kişinin cezalandırılabilmesi için resmi belgenin kamu görevlisi tarafından düzenlemesi yeterli olmayıp, bunun yanında kamu görevlisinin, kamu göreviyle ilgili bir belge düzenlemesi gerekecektir. "Bir belgenin resmi belge sayılabilmesi için, memurun gördüğü görevle düzenlenen belge arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Ayrıca, resmi belgeye vücut veren yasal dayanağına uygun olması ve zorunlu biçimsel koşulları taşıması da gerekir."

"... Sanığın Milli Eğitim Müdürü adına bankaya yönelik "ödeme talimatı" düzenleyip imzalamaya yetkili olmadığı ve sübutu durumunda eylemin TCK.nın 342/1, 80. maddelerinde uygun suçu oluşturacağı ve görevli olmaması nedeniyle de

[378] YCGK T: 14/10/2013 E: 2003/6-232 K: 2003/250, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi:14.07.2021.

[379] Hüseyin, Aydın, "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", **Ankara Barosu Dergisi**, S: 2010/1, Y: 68, Ankara, 2010, s. 117.

kamu davasının iddianameyle açılmasının zorunlu olduğu düşünülmeden yargılama sürdürülerek yazılı şekilde hüküm kurulması ...'[380].

Kamu görevlisinin kamu göreviyle ilgisiz bir belge düzenlemesi durumunda, özel belgeden söz edilir. Bu nedenle kamu görevlisinin, bu belgeyi görevi gereği düzenlemiş olması da gerekir. Bu husus TCK'nın 204/2. maddesinde; *"görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi ..."ifadesiyle ortaya konulmuştur*. Dolayısıyla 2. fıkra bakımından belgenin, kamu görevlisinin görev ve yetki alanıyla ilgili bulunması zorunludur. Yargıtay, 765 sayılı Yasa döneminde bu zorunluluğun, görevle belge arasında illiyet bağı ilişkisi şeklinde aranması gerektiğini belirtmekteydi. Şu halde görevlinin yetkisi dışında, başka deyişle yetkisini aşarak düzenlediği belge, görevlinin resmi belgede sahtecilik suçunun (204/2) maddi konusu olarak kabul edilemez. Kanunda, resmi belge hakkındaki sahteciliğin kamu görevlisi olmayan fail tarafından işlenmesi 204/1.madde ile, kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği ise ikinci fıkrada düzenlenmiştir. Kanun koyucu, resmi belge niteliğini taşımasa dahi, bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleme fiilini de resmi belge üzerindeki sahtecilikle birlikte cezalandırılmıştır. Bu tür bir eylemin failinin düzenlemeye yetkili olması halinde ise 1. fıkra uygulanmaktadır[381]. Aksi takdirde kamu görevlisinin göreviyle ilişkili olmayan bir belgeyi düzenlemesi, özel belgede sahtecilik suçunun konusu haline gelecektir. Resmi belgeyi TCK'nın 204/2. Maddesinde şöyle tanımlanmıştır: *"görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi..."*TCK resmi olan bir belge üzerinde sahtecilik fiilini uygulayan kamu görevlisi olmayan failler için 204/1 de hüküm kurmuş, kamu grevlileri için ise 204/2 ile ayrı bir hüküm kurmuştur[382].

Bir belgenin resmi belge niteliğinde kabul edilmesi için, şekil şartı aranmamaktadır. Ancak hukuki mevzuat gereği, bazı durumlarda, bazı resmi belgeler için şekil şartı aranmaktadır. Buna örnek olarak resmi vasiyatnamenin nasıl

---

[380] Yargıtay CGK. 8.12.1986, 6-328/573, Aktaran: Hasan Tahsin, Gökcan, "Resmi Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 204)" **Ankara Barosu Dergisi,** Yıl:67 Sayı: 3 Yaz 2009, s. 101.

[381] Yargıtay 6.CD T: 16/02/2004 E: 2002/22286 K: 2004/1285, ,www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 14.07.2021.

[382] YCGK T: 29/9/2015 E: 2015/412 K: 2015/286, https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2015-412-k-2015-286-t-29-9-2015, Erişim Tarihi:14.07.2021.

yapılması gerektiği konusu kanunda belirtilmiştir (MK.m.532-536). Kanunda belirtilen şartların belgede bulunmaması resmi belge olarak kabul edilmesinin önünde engel olacaktır[383].

6.2.9.2.2. Resmi Belge Hükmündeki Belgeler

TCK 210. maddesinde; sahtecilik suçunun konusunu oluşturan bazı özel belgeler hakkında resmî belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre; emre veya hamile yazılı kambiyo senedi, emtiayı temsil eden belge, hisse senedi, tahvil veya vasiyetname hakkında sahtecilik eyleminin gerçekleştirilmesi hâlinde, resmî belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ancak resmi belge niteliğinde kabul edilen bu belgelerin hukuki mevzuatımızda yer alan şekil şartlarını yerine getirmesi gerekecektir. Bu şekil şartları yerine getilmemişsse bu belgeler kanuna göre geçersi olacağından dolayı resmi belge olarak nitelenemeyecektir. Bu tür belgelerde şekil şartının zorunlu olması gerektiği hususunda aşağıdaki bazı Yargıtay kararlarını zikretmek mümkündür:

"Kambiyo senetlerinde yapılan sahteciliğin resmi belgede yapılmış sayılabilmesi için ilgili kambiyo senedinin Türk Ticaret Kanununda öngörülen bütün unsurlarını taşıması gerekli olup, Yargıtay bulunan 6762 sayılı TTK'nun 692/5. (6102 sayılı TTK'nun 780.) maddesi gereğince çeklerde keşide yerinin yazılması, yazılmadığı takdirde keşidecinin adı yanındaki yerde düzenlenmiş sayılacağı ve bu unsurun eksikliği halinde çekin özel belge niteliğinde olacağı cihetle; suça konu çekte, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre bulunması zorunlu unsurlardan olan "keşide yerinin" bulunmaması ayrıca keşide edenin adı yanında da herhangi bir yer yazılmamış olması karşısında, sanığın eyleminin özel belgede sahtecilik suçuna

---

[383] Tezcan/Erdem/Önok, **Ceza Özel Hukuku**, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık,2008, s. 678; Yargıtay CGK. 1.5.2007, 11- 59/105; "Kaldı ki; üç bilirkişinin görevlendirildiği Yargılamada bilirkişilerden biri olan K. Ö. tarafından 20.08.2003 tarihinde ibraz edilen belgenin diğer iki bilirkişinin imzasını taşımaması karşısında geçerli bir adli mütalaa niteliğine kavuşmadığı, ancak taslak sayılabileceği, bu nedenle de resmi bel- gede sahtecilik suçunun varlığından söz edilemeyeceği, öte yandan davanın, anılan bilirkişi görüşlerinden etkilenilmeden davacı lehine sonuçlanmış olması nedeniyle de kamusal zarar veya kişisel mağduriyet doğmadığından ya da kişilere yarar sağlanması hali oluşmadığından 5237 sayılı Yasanın 257. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunun unsur- larının gerçekleştiğinin de düşünülemeyeceği gözetilmeli- dir." www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi:14.07.2021.

uygun bulunduğu gözetilmeyerek, yazılı şekilde resmi belgede sahtecilik suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi ...”[384].

“Yargıtay İBK'nun 14.12.1992 tarih ve 1/5 ile Ceza Genel Kurulu’nun 24.03.1998 gün ve 51/106 sayılı kararlarında açıklandığı üzere, kambiyo senetlerinde yapılan sahteciliğin resmi belgede yapılmış sayılabilmesi için, ilgili kambiyo senedinin Türk Ticaret Kanununda öngörülen bütün unsurlarını taşıması gerekir. Aksi takdirde yasal unsurları taşımayan bir kambiyo senedinde sahtecilik yapılması halinde fiil, özel belgede sahtecilik suçunu oluşturacaktır. Dosya içinde bulunan suretlerine göre; suça konu senetlerin, Türk Ticaret Kanununda sayılan ve kambiyo niteliği taşıması için zorunlu olan unsurları ihtiva etmediği, bu anlamda; senetlerde "tanzim yerinin" bulunmadığı, senedi düzenleyenin ismi yanında yazılı adres bulunmadığı, keza "lehdarı yani kim ya da kimin emrine ödenecek ise onun adı ve soyadını" içermediği, gibi "tanzim tarihi"nin de bulunmadığı görülmekle, zorunlu olan tüm bu unsurları içermemesi nedeniyle bono vasfı taşımayan suça konu senetlerin, resmi belge niteliğinde olmayıp, özel belge hükmünde olduğu, yüklenen eylemin de 'özel belgede sahtecilik' suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının tayininde hataya düşülerek yazılı şekilde "resmi belgede sahtecilik" suçundan hüküm kurulması ...”[385].

TCK’nın 210/2. Maddesinde, sağlık çalışanları, resmi olarak kamu görevlisi olmasalar bile, bu kimselerin gerçeğe aykırı belge düzenlemeleri, resmi belgede sahtecilik suçu statüsünde kabul edilmeketedir:*“Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde, resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolunur”*. Sağlık çalışanları dışında kamu görevlisi olmyan kişilerin işleyeceği bu şekildeki

[384]Yargıtay 21.CD T: 14/1/2016 E: 2015/5769 K: 2016/267, https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/21-ceza-dairesi-e-2015-5769-k-2016-267-t-14-1-2016, Erişim Tarihi: 14.07.2021.

[385] Yargıtay 11.CD T: 5/11/2014 E: 2013/1726 K: 2014/18425, https://www.fullegal.com/karar-arama/yargitay-kararlari/yargitay-6-ceza-dairesi-20164197-Esas-2016589-6113775, Erişim Tarihi: 14.07.2021.

eylemler, özel belgede sahtecilik suçu kapsamında olacaktır. Kanun koyucu, sağlık çalışanları hakkında ayrı bir hüküm kurarak, sağlık ile ile ilgili olan belgelerin önemini ortya koymuş ve sağlık çalışanlarına duyulan güvenin koruma altına almak istemştir.

6.2.9.2.3. Özel Belgeler

Resmi belge niteliğinde sayılmayan her türlü belge, özel belge olarak görülecektir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere kamu görevlisinin kendi görevi ile illiyet bağı bulunmayan bir belge oluşturması halinde oluşturulan belge, özel belge olup özel belgede sahtecilik suçu kapsamında değerlendirilecektir. Özel belgenin bu nitelikte tanımlanabilmesi için hukuken önem taşıyan bir hüküm içermesi gerekecektir.

6.2.9.3. Resmi Belgede Sahtecilik Suçununu Müşterek Unsurları

TCK'nın 204. maddesinde, resmi belgede sahtecilik suçunun failleri, kamu görevlisi olup olmamasına göre iki ayrı fıkrada değerlendirilmiştir. Her iki fıkrada da ortak unsur: failin ortaya koyduğu fiilin, zarar verme olasılığının varlığı ve aldatma yeteneğinin bulunmasıdır.

6.2.9.3.1. Zarar Verme Olasılığının Bulunması

Yargıtay'ın birçok kararında ve doktrinde yapılan tartışmalarda genel olarak ortaya çıkan görüş birliği; sahtecilik fiilinin, suç unsuru haline gelebilmesi için, zararın meydana gelmesi gerekmemektedir, ancak failin uyguladığı fiil sonucunda, en azından bir zarar olasılığının olması gerektiği düşüncesi savunulmaktadır. Yargıtayın sahtecilik suçu için en azından zarar olasılığının mevcudiyetinin öneminin vurgulandığı çok sayıda kararları mevcuttur:

"Öğretmen olup, müdür vekilliğini yaptığı okulun öğrencisi olan oğlu Serdar'ın 5 dersten aldığı notların, anılan derslerin öğretmenleri tarafından düzenlenen "not cetvelleri"nden, sınıf geçme defterine ve diploma defterine geçirilirken, öğrenci lehine düzeltmeler yaparak oğlunun gerçekte 3.86 olan diploma notunu 4.02'ye yükselttiği ve diplomasını bu notla düzenlemek suretiyle resmi evrakta sahtecilik suçunu işlediği iddia olunması karşısında; öncelikle yapılan bu

tahrifatın, öğretmenler tarafından düzenlenen not cetvelleri ile idare tarafından düzenlendiği bildirilen sınıf geçme ve diploma defterlerindeki tüm derslerin ağırlıklı ortalamaları arasında fark oluşturup oluşturmadığının, diplomaların düzenlenmesinde hangi not kaydının esas alındığının, yapıldığı iddia olunan tahrifat nedeniyle her hangi bir şekilde zarar doğma ya da oğlu lehine yarar sağlama olasılığının bulunup bulunmadığının milli eğitim konusunda uzman bilirkişi kuruluna tespit ettirilerek, yapılan tahrifat ile zarar doğma olasılığının bulunması halinde eylemin, sahtecilik, aksi takdirde görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturacağı da gözetilerek, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik soruşturmayla yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır".[386]

Evrakta sahtecilik suçlarının hukukî konusu; gerek yerleşmiş yargısal kararlarında, gerekse öğretide genellikle kabul gören görüşe göre, kamunun güvenidir. Belgelerin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi, gerçek bir belgeye eklemeler yapılması, tamamen veya kısmen değiştirilmesi eylemlerinin, kamu güvenini sarstığı kabul edilerek, suç sayılıp yaptırıma bağlanmıştır. Bu nedenle fiilden bir zararın ortaya çıkması aranmamakta, zarar olasılığı yeterli görülmektedir[387].

"Avukat yanında çalışan sanığın, mal beyanında bulunmamak ve taahhüdü ihlal suçlarından hapis cezası bulunan M.G.nin cezasını düşürmek için sahte olarak düzenlenmiş şikayetten vazgeçme dilekçelerini hakimlere havale ettirerek sahte mahkeme ilamları düzenlettirdiği tanık beyanları ile sabit ise de, suça konu dilekçelerin hukuki sonuç doğurup doğurmayacağını tespit açısından icra dosyalarında yer alan vekaletnamelerde vekile icra takibinden vazgeçmeye ilişkin yetki verilip verilmediği araştırıldıktan sonra sonucuna göre hukuki durumun tayini gerekir"[388].

---

[386] Yargıtay 11.CD. 4.12.2006, 2005/5417-2006/9811, Aktaran: Hasan Tahsin, GÖKCAN, "Resmi Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 204)", **Ankara Barosu Dergisi**, 2009, 67/ 3, s. 104.

[387] YCGK T: 8/6/2004 E: 2004/6-94 K: 2004/132, www.kazanci.com.tr., Erişim Tarihi: 14.07.2021.

[388] Yargıtay 11.CD. 15.5.2007, 6384/3382, Aktaran: GÖKCAN, "Resmi Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 204)" **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:67 Sayı: 3 Yaz 2009, s. 104.

"İzmir Büyükşehir Belediyesi E... Hastanesi'nde göz doktoru olarak çalışan sanığın, Emekli Sandığı'na tabi hastalara, sağlık karnelerini alarak hastanedeki resmi işlemlerini onlara gerek olmadan yaptırmak suretiyle kolaylık sağladığı intibaını yaratıp, bu şekilde gelen birçok hastayı, özel mu- ayenehanesinde muayene ettikten sonra anılan hastanede gerekli kayıt işlemlerini yaptırıp ancak hastaları muayene etmeden, daha önce yaptığı özel muayene sonuçlarına göre reçetelerini düzenleyerek resmi işlemlerini onlar olmadan yaptırmaktan ibaret eylemlerinin, zincirleme görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, kanuna aykırıdır"[389].

6.2.9.3.2. Aldatma Yeteneğinin Varlığı

Sahtecilik fiilinin, suç unsuru olarak değerlendirilmesi için objektif olarak, mevcut belgenin, kişileri aldatma yeteneğinin var olup olmadığına bakılmalıdır. Ortaya koyulan fiil ile objektif olarak kimseyi aldatma imkanı yoksa, bu fiilin zarar verme yeteneğinin olmadığını gösterir, bu yüzden de bu fiil sahtecilik suçu kapsamında değerlendirlemeyecektir. Nitekim bu değerlendirme, TCK'nın 204'üncü maddesinin gerekçesinde; *"sahtelikten söz edebilmek için düzenlenen belgenin gerçek bir belge olduğu konusunda kişiyi aldatıcı nitelikte olması gerekir. Başka bir deyişle, sahteliğin beş duyuyla anlaşılabilir olmaması gerekir. Özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılamayan belge, sahte belge olarak kabul edilmek gerekir"* şeklinde yer almaktadır. Özet olarak belgenin aldatma yeteneğini ölçerken, objektif kriterlerle değerlendirme yapmak gerekir; belgedeki sahtecilik ilk bakışta anlaşılmıyorsa, ayrıntılı inceleme ile anlaşılır hale geliyorsa, belgenin aldatma yeteneğinin olduğu anlaşılır[390].

6.2.9.4. Resmi Belgede Sahtecilik Suçu

TCK'nın 204. maddesinde, resmi belgede sahtecilik suçu iki ayrı fail açısından değerlendirilerek üç fıkra halinde şöyle yer almıştır:

---

[389] Yargıtay 11.CD. 4.07.2007, 2005/8032-2007/4647, www.kazanci.com.tr., Erişim Tarihi: 14.07.2021.

[390] Kaylan, Keskin, "Kamu Güvenine Karşı Suçlar", Yeni Türk Ceza Adaleti Sistemi Tanıtım Sitesi, https:www.adalet.gov.tr., Erişim Tarihi: 30.06.2021.

"Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

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

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

TCK'nın 204. maddesinde, *"resmî belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmî belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmî belgeyi kullanan kişi"*şeklinde yapılan değerlendirme ile failin herkes olabilceği; *"görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmî belgeyi kullanan kamu görevlisi"*şeklindeki değerlendirme ile de failin resmi kamu görevlisi olan resmi belgede sahtecilik suçu açıklanmıştır.

6.2.9.4.1. Özel Kişinin Faili olduğu Resmi Belgede Sahtecilik Suçu

Kanun koyucu TCK'nın 204.Maddesinin ilk fıkrasında, resmi belgede sahtecilik suçunun failinin herkes olabileceği şeklinde değerlendirme yapılmıştır. TCK 204/1'de birtakım seçimlik hareketler öngörülmüştür: Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenlemek, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek, sahte resmi belgeyi kullanmak; bu seçimlik hareketlerden herhangi birisinin yapılması bu suçun oluşmasına neden olacaktır. Ancak fail, bu seçimlik hareketlerden birkaçını da yaparsa aynı şekilde bir defa olmak üzere resmi belgede sahtecilik suçunu işlemiş olacaktır. TCK 204/1 bağlamında resmi belgede sahteciliksuçunun faili, herkes olabilir ancak tüzel kişiler bu suçun faili olamazlar.

TCK 204/1 kapsamındaki, remi belgede sahtecilik suçunun mağduru, toplumu oluşturan herkestir. Ancak işlenen bu suç ile bazı durumlarda, bazı kişiler

direkt zarar görmüş olabilir; bu kişileri suçtan zarar gören kişi olarak görmek yerinde olacaktır[391].

a. Seçimlik Hareketler

a.a. Resmi Belgeyi Sahte Olarak Düzenleme

Resmi belgeyi sahte olarak düzenleme eylemi, herhangi bir resmi belgenin aynısını taklit edilerek sahtesinin oluşturulmasıdır. Failin bu suç kapsamında gerçekleştireceği eylemde, aynı zmanda resmi olan belgenin içeriğindeki unsurlarda, birebir taklidi ile mümkün olacaktır[392]. Buna örnek olarak, nüfus müdürlüğünce verilen kimlik kartı veya pasaportun içerisindeki bütün unsurlar, gerçek resmi pasaport ve kimlik kartındaki bütün unsurlar ve imzalar taklit edilerek oluşturulması da bu suç kapsamında değerlendirilecektir. Bu fiili işleyen fail, kamu görevlisi olmayan herhangi bir kişi ise TCK 204/1 kapsamında, eğer fail kamu görevlisi ise TCK md. 204/2 kapsamında değerlendirilecektir. Resmi belgeyi sahte olarak düzenleme suçu, asıl belgenin tamamını taklit etme veya bir kısmına,belgenin içerisinde olmayan, farklı bir hukuki anlamı olan sahte bilgiler eklemek şeklinde işlenebilir.

a.a.a. Gerçek Bir Resmi Belgeyi Başkalarını Aldatacak Şekilde Değiştirmek

TCK 204/1 kapsamında olan bu suçun hareketlerinden biri; gerçek bir resmi belgeyi, başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek olarak kaleme laınmıştır. Bu hareket kapsamında değerlendirme yapılabilmesi için yetkili bir kamu görevlisince, görevinin gereğine uygun olarak düzenlenmiş bir resmi belgeolmalıdır. Aksi takdirde, resmi belge özelliği olmayan bir belgede, değişiklik hareketi, bu suç kapsamında değerlendileyemecektir[393]. Resmi belgede değişiklik fiili, birçok farklı şekilde yapılabilir; belgeye eklemeler yapılması, belgenin tarihinde değişiklik

---

[391] Mahmut, Koca, / İlhan, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 681.

[392] Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 686.

[393] Mustafa, Atalan, **Dolandırıcılık Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları Şerhi**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 539.

yapılması, belgede imza varsa imzanın silinmesi veya değiştirilmesi, belgede herhangi bir unsurun silinmesi vb..

a.a.a.a. Sahte Resmi Belgeyi Kullanma

TCK 204/1'de sahte resmi belge düzenleme ile kullanma aynı suç kapsamında sayılmıştır. Kanun koyucu, düzenleme yaparken, kullanma eylemi ile düzenleme eylemini aynı kategoride değerlendirmiştir. Ancak sahte belgeyi kullanan kişinin, bu belgenin sahte olduğunu bilerek kullanması ile bu suç oluşacaktır[394]. Bu fiileri bu suç kapsamında değerlendirmek için manevi unsurun da olması gerekir. Dolayısıyla sahte olduğunu bilmeden, sahte olan resmi belgenin kullanılması, bu suçun eylemi kapsamında değerlendirilmeyecektir. Sahte resmi belgeyi kullanma hareketi kapsamında, resmi belgede sahtecilik suçunun oluşması için failin egemenliği altına giren sahte resmi belgeyi, kendi veya başkaları menfaati için herhangi bir işleme sokması veya ibraz etmesi gerekir. Aksi takdirde fail, sahte resmi belgeyi, egemenliği altına almış ve henüz kendi menfaati için ibraz etmemiş ise bu suça teşebbüsten bahsetmek gerekir.

6.2.9.4.2. Kamu Görevlisinin Resmi Belgede Sahtecilik Suçunda (204/2) Fiil Öğesi

a. Kamu Görevlisinin Resmi Belgeyi Sahte Olarak Düzenlemesi

Sahte resmi belge düzenleme eyleminin, TCK 204/2 kapsamında değerlendirilebilmesi için sahte düzenleme fiilinin, kamu görevlisince ve göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi gerekir. Resmi belgeyi sahte olarak düzenleme fiili, belgenin düzenleyeni olarak görünen kişiden, başkası tarafından baştan itibaren düzenlenmesi şeklinde işlenebilir[395].

---

[394] Devrim, Güngör, **Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 86.

[395] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 572-573.

b. Kamu Görevlisinin Resmi Belgeyi Değiştirmesi

Kamu görevlisinin resmi belgeyi değiştirmesi eylemi belgeye ekleme yapılması, belgenin içindeki herheangi bir hükmün veya tarihin silinmesi şeklinde hareketelerden biriyle işelenebilir. Bu hareket kapsamında resmi belgede sahtecilik suçundan failin cezalandırılması için belgenin kullanılması veya bir zararın meydana gelmesi gerekli değildir.

c. Kamu Görevlisinin Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi

Bu hareket ile oluşan suçta; fail oluşturduğu sahte resmi belgedeki bütün unsurları gerçeğiyle aynı düzenleyip, içerik olarak gerçeğe uygun olmayan beyan ve olaylar yaratarak bu suçu oluşturmaktadır. Kamu görevlisi fail görevi ve yetkisi çerçevesinde, gerçek olmayan beyan veya olay içeren bir belge düzenlemesi halinde, gerçeğe aykırı belge düzenleme suçundan yargılanması mümkün olacaktır.

d. Kamu Görevlisinin Sahte Resmi Belgeyi Kullanma Suçu

Başkalarının gerçeğe aykırı olarak düzenlediği sahte resmi evrakın, sahte resmi belgeyi düzenleyen kişi dışında, başka bir kamu görevlisi tarafından, resmi bir belgenin sahte olarak düzenlendiğini veya resmi belgede değişiklik yapıldığını bilerek, bu belgeyi görevi kapsamında kullanması halinde, resmi belgede sahtecilik suçunu işlemiş olacaktır. Ancak Kamu görevlisi olmayan kişinin, sahte düzenlenen veya değiştirilen resmi belgeyi kullanması, TCK md. 204/1 kapsamında değerlendirilir. Çünkü TCK md. 204/2 ‘de özgü suç olarak yer alan suçun faili olarak sorumlu tutulacak kişinin mutlaka kamu görevlisi olması gereklidir.

TCK md. 204 kapsamında işlenen suçlar açısından, teşebbüs mümkün olup suçun seçimlik hareketlerinden herhangi birinin failin elinde olmayan nedenlerden dolayı tamamlanamaması durumunda, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir. Ayrıca resmi belgede sahtecilik suçları açısından, suçun nitelikli hali olarak TCK md. 204/3’de *“Resmi belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması halinde, verilecek ceza yarısı oranında artırılır”* şeklinde yer verilmiştir. Nitelikli hal olarak değerlendirilen, sahteciliği sabit oluncaya kadar geçerli olan bir resmi belgenin varlığının tespiti,

düzenlendiği hukuki mevzuat ile ortaya koyulmalıdır. Buna örnek verecek olursak: 6100 sayılı HMK'nın 204. maddesinde sayılan mahkeme ilâmları ile düzenleme şeklindeki noter senetleri, 5271 sayılı CMK'nın 222. maddesinde duruşma tutanakları, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesinde sayılan ilam niteliğine haiz belgeler , 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 20'nci maddesinde kaçakçılığa ilişkin tutanaklar, 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesinin 19. fıkrasında belirtilen uzlaşma raporu veya belgesi ve bunun dışında Yargıtay'ın kararlarında yer alan; noter araç satış sözleşmesi, beraat ilâmı, boşanma ilâmı, noterde düzenlenen ibraname, noterden alınan imza beyannamesi, noterde düzenlenen imza sirküleri, keşif tutanakları, mahkeme ilâmları, orman suçlarına ilişkin zabıt varakası, noterde düzenlenen satış vaadi sözleşmesi, noterde düzenlenen hisse devir sözleşmesi, noterde düzenlenen temlikname, noterde düzenlenen vekâletname, Yargıtay ilâmı sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli resmi belgelerdir[396].

6.2.10. Hekimlerin İrtikap Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu

İrtikâp suçu, TCK'nin *"Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler"* başlıklı, dördüncü kısmının "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümünün 250.maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Buna göre;

"Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.

[396] Hasan Tahsin, Gökcan, "Resmi Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 204)", **Ankara Barosu Dergisi** Yıl:2009,67 /3,s.113.

Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir".

TCK'nın 250. maddesinin içeriğinden anlaşılıyor ki, bu suçu, ancak kamu görevlisi olan sağlık personeli işleyebilecektir. Bu suç, kamu görevlisi olan sağlık personelinin kendisine yüklenen görevini yerine getirirken, hasta veya hasta yakınlarından haksız kazanç sağlaması neticesinde oluşmaktadır. Bu suç, hekimlerin hastalarına sağlık hizmeti sunumunda, çok sık karşılaşılan ve halk tarafından bıçak parası şeklinde adlandırılan bir suç şeklidir. TCK'nın 250. maddesine göre, sağlık çalışanları, bu suçu, icbar suretiyle irtikâp, ikna suretiyle irtikâp, hatadan yararlanma suretiyle irtikâp[397] olmak üzere üç şekilde işleyebilmektedir:

6.2.10.1. İcbar Suretiyle İrtikâp Suçu

İcbar suretiyle irtikâp suçu, en sık görülen irtikâp suç şeklidir. İcbar suretiyle irtikâp suçunda, sağlık çalışanı, hasta veya hasta yakının içinde bulunduğu zor durumdan faydalanarak, yani hasta veya hasta yakınına manevi cebir uygulayarak, bu durumdan menfaat temin etmektedir. Bu suç şeklinde, sağlık çalışanının uyguladığı manevi cebir ile hasta veya hasta yakını, kendilerine verilecek sağlık hizmetinde yaşanacak olumsuzlukların korkusuyla, kendisinde sağlık çalışanına bir menfaat yaratma zorunluğunu hissetmektedir. Ancak bu suç tipinin oluşması için önemli olan, hastaya karşı uygulanan cebirin maddi olmaması, yani manevi cebir

[397] Mehmet Emin, Artuk,/ Ahmet, Gökcen, / **Ahmet Caner, Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara,2008, s. 807.

şeklinde olmasıdır. Çünkü bu suç işlenirken, maddi cebir ortaya çıkıyorsa, mevcut durumu gasp ile nitelemek daha doğru olacaktır[398].

Bu suç şeklinin ortaya çıkması için öncelikle sağlık çalışanının, bağlı olduğu genel mevzuat gereği görevine giren bir iş veya işlemle ilgili olarak, nüfuzunu kötüye kullanması gerekecektir. Sağlık çalışanı, bu suç kapsamında, kendisine yarar sağlamak için araç haline getirdiği iş veya işlemleri, mevzuat gereği kendi görevi kapsamında yapmış olması gerekir. Sağlık çalışanı, mevzuat gereği görevi olan, hastaya sunması gereken sağlık hizmetini, nüfusunu kötüye kullanarak, hastada veya hasta yakınında bu hizmetin veilmeyeceği endişesini yaratmaktadır[399]. Nitekim 6352 sayılı kanun ile TCK'nın 250. maddesinde değişiklik yapılarak hasta veya hasta yakınında oluşan endişenin önemine şe şekilde vurgu yapılmıştır:

5237 sayılı Kanunun 250. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir".[400]

TCK'nın 250. Maddesine eklenen bu ibarelerle, hastada ve hasta yakınında oluşlturulan manevi cebir şeklinde oluşan endişe halinin, ciddi bir aşamaya gelmiş olması önemli olacaktır. Aksi takdirde, irtikap suçunun manevi cebir unsurunun tamamlanmadığı şeklinde yorumlanarak, suçun oluşmadığı ortaya konulacaktır. Ancak bu suç oluşumunda önemli bir gereklilik haline dönüşen, manevi cebirin

---

[398] Yargıtay Y. 5. CD. T. 12/03/2012, E. 2008/3634, K. 2012/1861; Aktaran; M. Reis, Koca, "İrtikap Suçu", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 2016, s. 252-253.

[399] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 584.

[400] TCK 86. maddesine bakınız.

maddi boyuta varmaması gerekir. Aksi takdirde manevi cebir maddi boyuta taşınmış ise icbarsüretiyle irtikap suçlamasının yerini gasp veya yağma suçlaması alacaktır.

"Haklarında mahkûmiyet hükümleri kesinleşen emekli polis memuru sanık Ş.G. ve Adana Emniyet Müdürlüğü kadrosunda polis memuru olarak çalışan ancak olay tarihinde raporlu olması nedeniyle İstanbul'da bulunan sanık O.Y.'nin yanlarında arkadaşları sanık İ.K. olduğu halde Şirinoğlu Factoring isimli kuruluşun irtibat bürosunu işleten mağdure A.D.'nin 4. Levent'te bulunan işyerine, olay günü saat 12.00 sıralarında sivil vaziyette gittikleri, sanıklardan Ş.'nin kendisini komiser Faruk diğerlerinin ise Mali Şube Müdürlüğünde görevli polis olarak tanıtıp mağdur A.'yı sordukları, daha sonra sekreteri dışarı çıkartıp büroya ait resmi evrakı kontrol edeceklerini belirterek belgeleri karıştırmaya başladıkları, mağdurenin kendilerinden kimlik sorması üzerine sanık Ş.G.'nin emekli polis kimliğini çıkartıp hızlı bir şekilde gösterip cebine koyduğu diğer sanık O.'nun ise elinde telsiz olduğu halde bürodaki belgeleri karıştırdığı, çek kırdığı, naylon fatura düzenlediği, yasal çalışmadığı yolunda hakkında şikâyet bulunduğunu belirterek, "evrakın nerede, kestiğin faturaları çabuk görelim" diyerek mağdureyi sürekli sorgu altında tuttukları, kendisini Şahin olarak tanıtan sanık O.'nun "buna kelepçe vuralım, şubeye götürelim" diye söylediği, diğerlerinin ise "boş ver burada bağlarız" diye söyledikleri, bu sırada sürekli olarak "rezil edeceklerini, bayram üstü mağdur olmamasını, alt katta bir şahsın kendisi gibi naylon fatura düzenlediğini, bu şahsı Şubeye götüreceklerini, para vermemesi halinde kendisini de götüreceklerini" söyledikleri, bu konuşmalar sırasında sanık Ş.'nin gömleğini düzeltir gibi yaparak montunu kaldırmak suretiyle belindeki silahını mağdureye göstermek suretiyle o ana kadarki söz ve davranışları ile mukavemetini kırıp iyice korkmasını sağladıkları, sanıklardan O.'nun çekmecedeki paraları aldığı ve hep birlikte dışarı çıktıkları sırada telsizle "tamam temiz çıktı" diye söylediği anlaşılmaktadır. Sanıkların işyerine gittikten sonra, sekreteri odadan çıkarttıkları mağdureye kendilerini mali şubede görevli komiser ve polis memurları olarak tanıtmak, kelepçe vurup emniyete götüreceklerini, çevreye rezil edeceklerini, bayram öncesi mağdur edeceklerini söylemek, montlarının altındaki silahın gözükmesini sağlamak şeklinde gerçekleşen

eylemleri korkutucu nitelikte olduğundan ve belli bir yoğunluğa erişerek tehdide dönüştüğünden somut olayda yağma suçu oluşmuştur…"[401].

Yukarıdaki Yargıtay kararında da belirtildiği üzere, manevi cebir şeklinde nitelelen icbar eyleminde, mağdur kendisinden talep edilen yararı, temin etmediği takdirde, işinin yapılmayacağı veya gereksiz yere uzatılacağı endişesine kapılacaktır. Sağlık çalışanı da hasta veya hasta yakınına yapması gereken tıbbi müdahaleyi yapmayacağını veya uzun süre sonra yapacağını ileri sürmektedir. Bunun sonucunda hasta veya hasta yakını, tıbbi müdahalenin yapılmayacağı endişesi üzerine, sağlık çalışanına, haksız bir menfaat sağlayacaktır. Bu şekilde icbar süretiyle irtikap suçu oluşacaktır. İcbar süretiyleirtikâp suçunda, sağlık çalışanının hasta ve hasta yakınına uyguladığı manevi cebirin, hasta veya hasta yakınının alacağı kararda, iradeleri üzerine etkisinin elverişli olması gerekmektedir. Bazı durumlarda, sağlık çalışanının eylemi, hasta veya hasta yakınlarının iradesi üzerine etki yapmakla beraber; bu etki icbar boyutuna varmamaktadır. Bu tür durumlarda, bu eylemin irtikap suçu kapsamında değerlendirlmemesi, rüşvet suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekeceği vurgusu, çok sayıda yargıytay kararında mevcuttur. Yani hasta veya hasta yakını, manevi olarak etki altında bırakılsa bile, bu durumdan kurtulma şansının var olması, onları meşru zeminde olmaktan çıkaracaktır. Kabul edilebilinir pozisyonda olan hasta veya hasta yakınının eylemini, irtikap suçu kapsamında değerlendirmek gerekecektir

"Osmaniye Devlet Hastanesi genel cerrahi uzmanı olan sanığın, bağırsak düğümlenmesi teşhisiyle yatırılıp ameliyat edilmesi gereken müştekiden bıçak parası diyerek 750.000 lira istediği, bu parayı getirmediği takdirde ameliyat yapmayacağını ve taburcu edeceğini söylediği, bunun üzerine müştekinin damadı tarafından getirilen 750.000 lira parayı hastanedeki muayene odasında alıp masa çekmesine koyduktan sonra yapılan operasyonla polisler tarafından yakalandığı anlaşılmış, oluş mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş olmasına göre, sanığın müştekinin

[401]YCGK.16.10.2001,6192/217,https://legalbank.net/kavramara.aspx?s=1&a=yargıtay%20ceza%20genel%20kurulu%20kararı,Erişim tarihi:14.07.2021.

ameliyatını geciktirmek ve kendisine para verilmediği takdirde ameliyatı yapmayacağını söylemek ve bu şekilde görevini kötüye kullanmak suretiyle onu baskı ve tehdit altında tutarak kendisine para vermeye icbar ettiği nazara alındığında, eylemi cebri irtikâptır"[402].

"Müştekinin zorunlu olan ameliyatını geciktirmek ve para verilmediğinde ameliyatı yapmayacağını söylemek suretiyle baskı ve tehdit altında tutarak para vermeye zorlama fiilinin 209/1. madde ki cebri irtikabı oluşturacağı ..."[403].

"...Devlet hastanesinde hekim olarak görevli sanık hakkında irtikap suçundan genel hükümler uyarınca Amasya Ağır Ceza Mahkemesine kamu davası açıldığı, anılan mahkemece eylemin, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçuna dönüştüğü kabul edilerek 1412 sayılı CMK'nın 253/4.maddesi uyarınca muhakemenin durmasına ve dosyanın 4483 sayılı Yasaya göre soruşturma izni alınması amacıyla yetkili makama gönderilmesine karar verildiği, 4483 sayılı Yasada öngörülen yöntem izlenerek alınan soruşturma izni kararı üzerine sanık hekim hakkında görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan asliye ceza mahkemesine açılan kamu davasının yapılan yargılama sonucu sanığın beraatine hükmolunduğu ve bu kararın temyiz edildiği anlaşılmaktadır. Temyiz incelemesinin öncelikle mahkemenin görevli olup olmadığı konusunda yapılması gerekmektedir. 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun, 12.12.2003 tarih ve 5020 sayılı Yasa ile değişik 17/1 maddesinde; bu kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikap, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması ve açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu

[402] Yargıtay 5. CD. 26.05.1993, 1975/2319, Aktaran: Mehmet Nihat, Kanbur, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan,"6352 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda İrtikâp Suçu", s. 1189.

[403] Y. 5. CD. 26.05.1993, 1975/2319, Aktaran: Kanbur, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan,"6352 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda İrtikâp Suçu", s. 1189.

Görevlilerinin yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz" denilmektedir. 4483 sayılı Yasanın yürürlüğe öncesi verilen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.9.1999 tarih, 208-205 sayılı, 11.6.1996 tarih, 129-137 sayılı, ve 2.5.1994 tarih, 102-130 sayılı kararlarında, özetle "3628 sayılı Yasanın 17.maddesinde sayılan suçlardan ötürü iddianameyle açılan davaların yargılaması sırasında, suç niteliğinin değiştiğinin kabul edilmesi durumunda, idare kurulundan karar alınmasına gerek bulunmadığı, ceza davasının konusunun, iddianamede belirtilen maddi vakıalarla sınırlı olup mahkemenin de iddianamedeki hukuki nitelendirme ile bağlı olmadığı ve değişen suç niteliğine göre ek savunma hakkı tanıyarak hüküm kurabileceği" belirtilmektedir. Yukarıda değinilen açıklamalar ışığında ileri sürülen sanığın, ameliyat ettiği hasta ve yakınlarından "bıçak parası" adı altında değişik miktarlarda para alarak haksız çıkar sağlama biçimindeki eyleminin irtikap suçunu oluşturabileceği ve davaya bakıp kanıtları değerlendirmenin ağır ceza mahkemesinin görevine girdiği gözetilmeden, yargılamaya devam edilerek hüküm kurulması, ..."[404].

"Tapu sicil müdürü olan sanığın, damadı adına vekâleten almak istediği gayrimenkulün satış işlemi için 26.02.1997 tarihinde kendisine başvuran müştekiye işlem için 30.04.1997 tarihine gün vermek istediği, müştekinin satıcının yaşlı olduğunu ve tekrar buraya gelmesinin zor olacağını söyleyip bir an önce bu işin yapılmasını ısrarla istemesi üzerine sanığın da "bak kardeşim dairenin bazı eksikliklerini yaptırdık, bazı noksanlıklarımız var, 5.000.000 verirsen tapu işlerini öncelikle bu gün hallederim" dediği, müştekinin de bu teklifi kabul ettiği ve paranın aynı gün öğleden sonra verilmesini müteakip yapılan operasyonla ele geçirildiği anlaşılmış, oluş mahkemece de benzer biçimde kabul edilmiş olmasına göre, tehdit edici ve icbar oluşturan herhangi bir söz ve davranışı olmayan ve henüz memuriyetine ait vazifesini suiistimal etmeyen sanığın işlem için gün tespiti sırasında müştekiden 5.000.000 lira para istemesi ve bu teklifin müşteki tarafından hemen kabul edilmiş olması nazara alındığında karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren bu eylemi yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak için rüşvet alma niteliğinde

[404] Y. 4. CD. T. 13/07/2005, E. 2003/16783, K. 2005/8956, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi:14.07.2021.

bulunduğu halde yanlış nitelendirilmesi sonucu cebri irtikâp olarak kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması," [405]

"Maddede yer alan cebir, manevi cebirdir. Manevi icbarın belirli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun, baskısının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gereklidir. Sanığın istediklerinin yasa dışı olduğu mağdur tarafından bilinmekte, ancak zorlama nedeniyle faile çıkar sağlamaktadır. Olayımızda sanık, iki istihkak için elli bin liradan yüz bin lira istemiş, verilmediği takdirde istihkakını hemen alamayacağını Cuma günü, yani iki gün sonra gelmesini, daha sonra ise parayı temin ederek saat 14.00 de gelmesini şikâyetçiye söylemiştir. Şikâyetçinin ikinci gelişinde ise "gönlünden ne koparsa ver" demiştir. Paranın hiç ödenmeyeceği veya uzun süre ödemenin geciktirilerek sürüncemede bırakılacağı veya haksız bir muameleye maruz kalacağı şeklinde belirli bir şiddete ulaşmış manevi cebrin etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız olarak istendiği bilinen paranın sanığa verildiğinden söz edilemez. İcbar, belirli bir boyuta ulaşıp muhatabı olan şikâyetçiyi etkilememiştir. Ağır bir zarara uğramadığı düşüncesiyle ve gururun incindiğinden bahisle aynı gün şikâyette bulunulmuştur. Sanığın "gönlünden ne koparsa ver" demesi de, manevi cebrin belli bir şiddete ulaşmadığının göstergesidir. Şikâyetçi, ne verirsen ver demesi üzerine kendiliğinden elli bin lira vermiştir. Açıklanan hususlar göz önünde tutulduğunda, yasa ve nizamlara aykırı şekilde görev yaptığı anlaşılan sanığın eyleminin görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır"[406].

"*Müştekinin eşinde lenf bezi kanseri olmakla birlikte, çok acil müdahaleye gereksinim duyduğuna ilişkin dosyada iddia ya da kanıt bulunmadığı, başka bir doktor veya sağlık kuruluşuna başvurma ve karşılaştığı olumsuzlukları gidermek için şikayet olanağı varken, yasal olmadığını bildiği halde yaklaşık dört ay süreyle sanığa çıkar sağlayarak eşinin tedavisini sürdürdüğü olayda icbar boyutuna ulaşmış*

---

[405] Y.5.CD. 30.09.1998, 2335/3445, Aktaran: ilhan, Üzülmez, "Yeni Ceza Kanunu'nda İrtikap Suçu (M. 250)" **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 14, Sayı 2, Yıl 2006, s. 285.

[406] YCGK. 06.11.1989, 5–265/355, Aktaran: KANBUR, Mehmet Nihat, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan," 6352 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda İrtikâp Suçu", s. 1191.

bir zorlamadan söz edilemeyeceğinden irtikap suçunun cebir unsurunun yasa, öğreti ve uygulamanın kabul ettiği anlamda oluşmadığı, sabit olan yapmaya mecbur olduğu işi yapmak için menfaat sağlama fiilinin 5237 sayılı TCK`nın 257/3. maddesi delaletiyle 257/1. maddesine uyan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmelidir.

Sanığın tedavi süresi içerisinde birçok kez müştekiden usulsüz olarak para alması nedeniyle 5237 sayılı TCK`nın 43. maddesi gereğince zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır"[407].

6.2.10.2. İkna Suretiyle İrtikâp

İkna Suretiyle İrtikâp suçunun oluşması için; sağlık çalışanının hukuki mevzuatımızın kendisine sağladığı görevi kötüye kullanması, hileli davranışlarla hasta veya hasta yakınını ikna etmesive bu eylemler sonrasında, bu durumdan fayda görmesi gerekecektir[408]. Kamu görevlisi olan sağlık çalışanlarının, devletin hukuki mevzuat ile ortaya koyduğu bazı yükümlülükler çerçevesinde davranma zorunluluğu mevcuttur. Sağlık çalışanının hukuki mevzuatla belirlenen yükümlülüklerinin dışına çıkmasını, görevini kötüye kullanması şeklinde açıklamak gerekir; hasta veya hasta yakınları, sağlık çaışanlarının sağlık hizmeti sunumunda yapacakları her türlü eylemi hukuka uygun bir şekilde yapacağı inancı ve beklentisi içinde olacaktır. Sağlık çalışanları, hasta veya hasta yakınının, kendilerine karşı hissetikleri bu inancı kullanarak, farklı hileli davranış içerisine girerek, bu durmdan fayda sağlamalarını ikna suretiyle irtikâp suçu kapsamında değerlendirmek gerekir.

İkna suretiyle irtikâp suçunun oluşması için sağlık çalışanının göreviyle ilgili olarak hileli davranışlar sergilemesi sonucunda, hasta veya hasta yakınının ikna olması gerekecektir. Ancakortya konulan hileli davranış, sağlık çalışanının görevinin sağladığı güveni, kötüye kullanması şeklinde olmalıdır.Eğer hileli davranış, sağlık çalışanının göreviyle ilgili değilse, bu durum dolandırıcılık

---

[407] Yargıtay 5. CD. 2008/3634K. 2012/1861T. 12.3.2012, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 14.07.2021.

[408] Mehmet Emin, Artuk / Ahmet, Gökçen / Ahmet Caner, Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 836.

suçu kapsamında değerlendirilebilinir. Ayrıca ikna suretiyle irtikâp suçunun oluşması için sağlık çalışanının ortaya koyduğu hileli davranışın, hasta veya hasta yakınını aldatacak nitelikte olması gerekir. Dolayısıyla sağlık çalışanlarının, hastalara, sağlık hizmeti sunarken, tavsiye niteliğindeki davranışlarını, hileli davranış kapsamında değerlendirmemek gerekir[409].

İkna suretiyle irtikâp suçunu, icbar suretiyle irtikâp suçundan ayıran en önemli husus; hasta veya hasta yakınınınirtikap nedeniyle, sağlık çalışanına sağladığı faydanın, hukuka aykırı olup olmadığını bilip bilmemesidir. Eğer hasta veya hasta yakını, sağlık çalışanının, kendilerinden talep ettiği menfaatin, hukuka aykırı olduğunu biliyorsa, bu durumu icbar süretiyle irtikap suçu kapsamında değerlendirmek gerekir. Ancak hasta veya hasta yakını, sağlık çalışanının ortaya koyduğu hileli davranışların ve kendilerinden istenen menfaatin, hukuka uygun olduğunu zannediyorsa, bu durum da ikna süretiyle irtikap suçu kapsamında değerlendirilecektir. Nitekim, Yargıtay da birçok kararında, failin davranışının, mağdur tarafından, hukuka uygun olup olmadığının bilinmesinin önemli olduğunu ortya koymaktadır:

"bir kimseyi kendisine veya başkalarına haksız olarak para vermeye ya da sair menfaatler sağlamaya veya vaadine ikna ederek çıkar sağlaması ile oluşmaktadır. Mağdur, memura sağladığı çıkarın yasal olduğunu zannetmektedir. Yasa dışı çıkar sağladığını bilmemektedir. Memur, yalan beyanıyla mağduru kandırmaktadır. Mağdur, yaptığı ödemenin yasa ve yönetmelikler gereğince yapılması gerektiğine inanmakta, failin iknası ile bireyin rızası fesada uğramaktadır. İkna, bireye ödemeye mecbur olmadığı bir parayı ödemek zorunda olduğunu bildirmektedir…"[410].

6.2.10.3. Hata Suretiyle İrtikâp Suçu

Hata suretiyle irtikâp suçunda, sağlık çalışanının, hasta veya hasta yakınının hataya düşmesi için icrai bir eylemi yoktur. Ancak sağlık çalışanı, hasta veya hasta

[409] Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler,** s. 837.

[410] YCGK. 17.12.1996, 5–269/286, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 14.07.2021.

yakınının, hataya düştüğünü bilmekte olup, hasta veya hasta yakını hatayla ilgili olarak uyarmamakta ve bu durumdan bir fayda amaçlamaktadır. Sonuç olarak bu suç şeklinin oluşması için, sağlık çalışanının ihmali davranışı gerekecektir[411]. Eğer sağlık çalışanının davranışı, icrai niteliğe kavuşmuş ise bu durumu, irtikap suçunun diğer şekilleriyle açıklamak daha doğru olacaktır. Herhangi bir olayı, hata suretiyle irtikâp suçu kapsamında değerlendirebilmemiz için, sağlık çalışanının, hastanın düştüğü hatada hiçbir etkisinin olmaması gerekir.

İrtikâp suçu, özgü suç niteliğinde bir suç olduğundan dolayı irtikâp suçunun faili, sadece kamu görevlisi olabilecektir. İrtikâp suçu, işlendiği sırada, failin kamu görevlisi olması, bu suçun oluşması açısından yeterli olacaktır[412]. Kamu görevlisinin suçun işlendiği zamandan sonra, görevinden ayrılmış olması, mevcut eylemi, suç unsuru olmaktan çıkarmayacaktır. TCK çerçevesinde, kamu görevlisi değerlendirmesi, TCK'nın 6. Maddesi ve gerekçesinde şu şekilde yer almaktadır:

"Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi,"[413]

"Maddede… memur kavramını da kapsayan "kamu görevlisi" tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakıasına

---

[411] Ayrıntılı bilgi için bkz. Koca, "İrtikap Suçu", s. 263-265.

[412] İlhan, Üzülmez, "Yeni Ceza Kanunu'nda İrtikap Suçu (M. 250)", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakiltesi Dergisi**, 2006; 14(2), s. 276-277.

[413] TCK 6/c maddesine bakınız.

müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır'[414].

İrtikap suçunun mağduru; icbar edilen, ikna edilen veya hatasından yararlanılan gerçek kişidir. Ancak bazı durumlarda, İcbar edilen, ikna edilen veya hatasından yararlanılan kişi ile kamu görevlisine yarar sağlayan kişi, aynı kişi olmayabilir. Bu tür durumlarda, icbar edilen, ikna edilen veya hatasından yararlanılan kişi mağdur, yarar sağlayan kişi ise suçtan zarar gören kişi olarak değerlendirilecektir[415]. İrtikap suçunda, fail, kamu görevlisi olduğu için bu suçun meydana gelmesi ile kamu idaresinin kamu önündeki itibarı zarar görecektir. Bu yüzden, kamu idaresini suçtan zarar gören olarak değerlendirmek gerekecektir.

İrtikâp suçu, kasten işlenebilen suçlar arasında yer alır. Ancak irtikâp suçu, taksirle işelenmez[416]. Suçun oluşması için, genel kast yeterlidir, ayrıca özel kast aranmaz[417]. Genel kast; doğrudan ve olası kast şekillerinde ortaya çıkabilecektir. Genel kast anlamında fail, irtikâp suçu bakımından, kendisine veya başkasına bir yararın sağlandığını veya vaatte bulunulduğunu bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Her ne kadar, doğrudan kast ile işlenebeilen bir suç olarak görülse bile, irtikap suçu olası kast ile de işlenebilen bir suçtur. İrtikap suçunun, olası kast ile işlenebildiği durumlarda, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların, mevcut olayda gerçekleşebileceği, fail tarafından öngörülmesine rağmen, fail eylemine devam edip suçun oluşmasını sağlayacaktır.

İrtikap suçunun, icbar ve ikna süretiyle işlenmesinde, suça teşebbüs mümkün iken, hatadan faydalanmak süretiyle ile irtikap suçunda ise suça teşebbüs mümkün

---

[414] TCK 6. maddesinin gerekçesine bakınız.

[415] Durmuş, Tezcan / Mustafa Ruhan, Erdem / Rıfat Murat, Önok; **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 8.Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara2012, s. 835-837.

[416] Tezcan/ Erdem/ Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 848.

[417] Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 841.

olmayacaktır.[418] Çünkü hatadan faydalanmak süretiyle ile irtikâp suçunda, ihmali davranış söz konusudur. İcbar ve ikna süretiyle ortaya çıkan irtikap suçunda, fail, kamu görevlisi olması nedeniyle, kendisine duyulan güveni, kötüye kullanarak icbar ve ikna eylemini gerçekleştirir ve mağdur tarafından da buna karşılık, vaatte bulunulmaktadır. Ancak icbar ve ikna eylemi oluşmasına rağmen, vaatte bulunulan şeyin, failin eline geçmemesiyle, bu suç teşebbüs aşamasında kalmış sayılacaktır. İcbar veya ikna süretiyleirtikâp suçunun, teşebbüs aşamasında kalabileceği yönünde Yargıtay kararı da şu şekildedir:

"Isparta/Eğirdir İlçe Jandarma Komutanlığı emrinde uzman çavuş olarak görev yapan sanığın, aynı yerde vatani görevini yapan ve kaybolan parkanın çantasında yakalanması nedeniyle hakkında tutanak düzenlenen jandarma er müştekiyi 27/04/2002 günü odasına çağırarak 300.000.000 TL para istediği, vermediği takdirde hakkında daha önce görevliler tarafından tutulan tutanağı kullanarak "Seni mahvederim, askerliğini yaktığım gibi 3-4 sene ceza alırsın." demek suretiyle tehdit edici ve zorlayıcı sözler sarfettiği, sanığın yoğun icbarına maruz kalan müştekinin ise hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen, karşılaşabileceği daha ağır zararların önüne geçebilmek amacıyla öneriyi kabul etmiş gibi görünerek bölük astsubayına durumu anlattığı, 29/04/2002 tarihinde sanığın icbar teşkil eden bu eylemlerini tekrarlaması üzerine yakalanmasını temin amacıyla seri numaraları tespit edilen 80.000.000 TL parayı sanığa vererek yakalanmasını sağladığı ve bu şekilde cebri irtikaba teşebbüs suçunu işlediğinin anlaşılması karşısında ..."[419].

"Tedaş Derik İşletme Şefliğinde görevli sanığın kasap olan müştekinin iş yerine giderek denetim yaptığı, elektrik gücünün olması gerekenden az olduğunu, bunun yükseltilmesi için 70.000.000 lira vermesi gerektiğini ve aksi takdirde elektriğinin kesileceğini belirtmek suretiyle cebri irtikâp suçunu işlediği iddia ve kabul edilmiş ise de; sanığın talebi karşısında müştekinin henüz para vermeden ve açıkça bir çıkar sağlama vaadinde bulunmadan durumdan şüphelenip konuyu C.

[418] Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 843.

[419] Yargıtay 5. Ceza Dairesi 08.10.2012, 2010/2456 esas ve 2012/9979 karar, Aktaran: Koca, "İrtikap Suçu", 2016.

Savcılığına intikal ettirdiği, aldığı talimat üzerine suçun tespiti amacıyla paranın verilmesinden sonra sanığın yakalandığının tüm dosya içeriğinden ve müşteki beyanlarından anlaşılmasına göre, olayda sanığın belli yoğunluğu ve icbar boyutuna varan söz ve davranışı bulunmadığından cebri irtikâp suçunun unsurlarının oluşmadığı, bilirkişi raporunda ek güç tesisi ve dolayısıyla ek tesise iştirak bedeli ve teminat ödemenin gerekmediği savunmada ileri sürüldüğü gibi bağlı gücün yükseltilmesinin gerekmesi halinde dahi Mardin Elektrik Dağıtım Müessesinin yazılarına nazaran ödenmesi gereken paranın istenenden az olduğu, sanığın bu şekilde sabit olan vazifesini suiistimal ederek parayı isteme eyleminin menfaatin sağlanmaması veya bu yolda vaadin bulunmaması ve paranın sanığın yakalanması gayesiyle verilmesi sebeplerinden dolayı TCK'nin 209/2. ve 61. maddelerine uyan ikna suretiyle irtikâba eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı biçimde cebri irtikâptan hüküm kurulması"[420].

İrtikâp suçu, özgü suç niteliğinde olduğu için suçun faili, ancak kamu görevlileri olabilecektir. Bu yüzden, kamu görevlileri dışındaki herhangi bir kişinin irtikap suçu kapsamında fail veya müşterek fail olması mümkün değildir. Kamu görevlisi dışındaki kişiler, irtikap suçu için azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceklerdir. Bu durum TCK md. 40/2'de şöye açıklanmıştır*: "Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur"*.

6.2.11. Hekimlerin Rüşvet Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu

Rüşvet suçu, TCK'nın "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler"in yer aldığı *"Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar"* bölümünde 252–254. maddelerinde açıklanmıştır. Rüşvet suçu, 5237 sayılı yeni TCK'nın 252. Maddesinde aşağıdaki gibi düzenlenmiştir.

[420] Y.5.CD. 19.01.2004, E.2003/5268 – K.2004/37, Aktaran: Mehmet Nihat, Kanbur, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, "6352 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda İrtikâp Suçu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Aratırmaları Dergisi** 19/2/Aralık 2013), s.1198.

“ Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.

Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.

Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.

Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.

Rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

Bu madde hükümleri;

a) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları,

b) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler,

c) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar,

d) Kamu yararına çalışan dernekler,

e) Kooperatifler,

f) Halka açık anonim şirketler,

adına hareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi; bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi halinde de uygulanır".

Rüşvet suçu ile korunmak istenen hukuksal yarar, kamu düzenine duyulan güvenin devamlılığını sağlamaktır[421]. Rüşvet suçunun düzenlendiği TCK'nın 252. maddesinin gerekçesinde korunmak istenen hukuksal yarar; *"Kamu hizmetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez ve satın alınamaz oldukları hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir. Rüşvete ilişkin suç tanımı, bu güveni korumayı amaçlamıştır"* şeklinde yer almıştır. Bu yüzden toplumun, kamu düzenine duymuş olduğu güven duygusu, bir kez sarsıldığı zaman, kamu idaresi tarafından ortaya konulacak her türlü karar, meşru görülmeyecek ve sorgulanmaya başlayacaktır.

Rüşvet suçu, TCK'da rüşvet alan ve rüşvet veren olmak üzere çok failli olarak düzenlenmiştir[422]. Rüşvet verenin ve rüşvet alanında aynı suç kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, TCK rüşvet suçu ile ilgili olan maddelerin gerekçesinde: *"Rüşvet suçu, bir karşılaşma suçudur; bu nedenle çok failli bir suçtur. Bir tarafta rüşvet veren; diğer tarafta ise rüşvet alan kamu görevlisi yer almaktadır.*

---

[421] Erdal, Baytemir, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu", **TBB Dergisi**, 2010 (88), s. 339.

[422] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 588.

*Rüşvet veren ve alan, aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Bu açıdan veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur" ş*eklinde açıklanmıştır. TCK 252/1. maddesinde fail;*"rüşvet alan kamu görevlisi, dört yıldan onikî yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılır"* şeklinde değerlendirilmiştir. Bu madde hükmünde yer alan, rüşvet alan fail olarak, kamu grevlisi tanımı, TCK'nın 6. maddesinin 1/c bendinde açıkça belirtilmiştir. Ancak TCK 252/8. maddesinde, kamu görevlisi tanımı, biraz daha genişletilip, fail olabilecek kamu görevlisi kapsamı artırılmıştır. TCK md. 525/8 ile *"Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, Kamu yararına çalışan dernekler, Kooperatifler, Halka açık anonim şirketler adına hareket eden kişiler…"* kamu görevlisi olmasa bile onlar gibi kamu görevlisi sayılıp rüşvet suçu faili olabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Rüşvet suçu kapsamında, rüşvet veren olarak fail, herkes olabilecektir[423]. TCK'nın 251/1 hükmünde rüşvet alan sağlık çalışanın da verüşvet verenin de, rüşvet suçunun faili olacağı yer almakatadır. TCK md. 252/3'de de yer aldığı üzere sağlık çalışanının, sağlık hizmeti ile ilgili yapması gereken bir işi yapmaması veya yapmaması gereken bir işi yapması karşılığında, bazı kişiler ile rüşvet anlaşması yapması, rüşvet suçunun oluşması için yeterli sayılacaktır. Rüşvet suçu ile irtikâp ve görevi kötüye kullanma suçları çok sıkı ilişki içindedir. Bu yüzden aşağıda bu suçlar arasındaki ayırımlara da değinilecektir.

Rüşvet suçu ile korunmak istenen hukuksal yarar, kamu düzenine olan güvendir. Bu nedenle rüşvet suçunda mağdur, kamu düzeninin kendisidir. Rüşvet suçu kapsamında, rüşvet alanının karşısında, rüşveti veren kişi, mağdur değil, rüşvet alan ile birlikte fail olarak yer almaktadır.

Rüşvet suçunun maddi unsuru içerisinde yer alan en önemli konu, kamu görevlisinin, bu suç kapsamında gerçekleştirdiği eylem sonucunda elde edeceği yarar olacaktır. Kanattimizce, yarar unsurunu, sadece parasal değer olarak algılamak

[423] Baytemir, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu", s. 340-343.

yetersiz kalacaktır. Kamu görevlisinin elde edeceği yararı, sosyal, ekonomik, kişisel maddi veya manevi bakımdan her türlü kazançlar olarak geniş değerlendirmek daha yerinde olacaktır. Ayrıca kamu görevlisine sağlanacak bu yarar, sadece kendisi ile ilgili olmayabilir, kendisinin talep ettğiüçüncü kişiler için de olabilecektir. Rüşvet suçunun oluşması için rüşvet alan kamu görevlisi ile rüşvet veren kişi arasında bir menfaat için rüşvet anlaşması yapılması yeterli olacaktır[424]. Rüşvet verenin, rüşvet alana, talep edilen menfaati ulaştırmış olması gerekmeyecektir. Ancak rüşvet suçunun oluşması için sadece rüşvet anlaşmasının yapılımış olması yeterli olmayacaktır. Bunun yanında yapılan rüşvet anlaşmasının içeriği, rüşvet alan kamu görevlisinin görevi ile ilgili olmalıdır[425]. Bu durum TCK'nın 252. maddesinin gerekçesinde şöyle yer almaktadır:*"Rüşvet suçunun oluşabilmesi için amaçlanan şeyin kamu görevlisinin görevine giren bir iş olması gerekir. Kamu görevlisinin görevine girmeyen bir işin yapılması amacıyla menfaat temini halinde, rüşvet suçu oluşmaz"*. Ancak kamu görevlisinin görev ve yetkisinin ne olduğu ile ilgili olarak doktrinde farklı görüş açıları mevcuttur. Kanaatimizce, sağlık çalışanlarının rüşvet suçu kapsamında, rüşvet alan olarak değerlendirirken, görevleri ile ilgili yapılacak değerlendirmenin dar kapsamda yapılması uygundur. Yani sağlık çalışanının, rüşvet suçunun faili haline gelebilmesi için verdiği sağlık hizmeti ile ilgili görev tanımı yapılmalıdır. Aksi takdirde, sağlık çalışanı sağlık hizmeti ile ilgili olmayan, yani kendi görevi ile ilgili olmayan bir alanda bir işin yapılması veya yapılmaması için yarar elde etmişsse, bu durum rüşvet suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Rüşvet suçunun tamamlanması için rüşvet anlaşmasının yapılmış olması yeterli olacaktır. Rüşvet anlaşmasınca ortaya konulan menfaatin, yerine getirilmesi gerekmez. Aslında rüşvet suçu, teşebbüs suçu şeklinde görülse bile kanun; bu suçun teşebbüs hali olsa bile rüşvet anlaşması ile suç tamamlanmış sayılacağını ortaya koymaktadır. Bu durum TCK'nın 252. Maddesinin gerekçesinde şöyle yer almaktadır; *"Rüşvet suçu, menfaatin kamu görevlisi tarafından temin edildiği anda tamamlanmış olur. Ancak, izlenen suç siyaseti gereği olarak, (...) kamu görevlisi ile*

---

[424] Berrin Bozdoğan, Akbulut,"Rüşvet Suçları", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı**, C:8, S:1-2, Konya 2000, s. 642; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 589.

[425] Baytemir, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu", s. 349-351.

iş sahibi arasında belli bir işin yapılması veya yapılmaması amacına yönelik menfaat temini öngören bir anlaşmanın yapılması durumunda dahi rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmedilecektir". Rüvet anlaşmasından anlaşılan, sağlık çalışanın kendi göreviyle ilgili olarak, belirli bir işin yapılması veya yapılmaması karşılığında herhangi bir kişi ile herhangi bir menfaat karşılığı sözleşmeleridir. Dolayısıyla rüşvet suçunun tamamlanması için rüşvet alan ve verenin anlaşmasının yeterli olduğuna dair çok sayıda yargı kararı mevcuttur. Buna göre;

"Tapu sicil müdiresi olan sanığın, 16 kişiyle ihaleden bir taşınmaz alan ve tescil işlemleri için başvuran müştekiye "kişi başına 50 bin liradan 800 bin lira getirin, tapunuzu alın" dediği, parayı getirmek bahanesiyle sanığın yanından ayrılan müştekinin zabıtaya durumu bildirdiği ve zabıtaca numaraları tespit edilmiş paraları getirip sanığa verdiği ve emniyet görevlilerince sanığın çekmecesinde numaraları tespitli paraların ele geçirildiği olayda sanık yapmakla görevli olduğu işi yapmak için para istediğinden rüşvet suçu oluşup tamamlanmıştır. Rüşvet suçunun oluşup tamamlanması için rüşvet anlaşması yapmaları yeterlidir. Vaat edilen paranın tescil işlemlerinin tamamlanmasından sonra sanığa verilmesi suçun niteliği yönünden sonuca etkili değildir"[426].

"Kadastro teknisyeni olan sanık K. B'ın müştekinin arazilerinin tapulama tespiti sırasında "bir kuzu ve 10. 000. 000 lira verirsen işlerin kolay olur" demek suretiyle rüşvet istediği, müştekinin de kabul ettiği, bilahare müştekinin vaadini yerine getirmemesi nedeniyle sanığın haber gönderip sıkıştırması üzerine şikâyette bulunduğu, bu durumda rüşvet anlaşması meydana geldikten sonra vaki vazgeçmenin suçun oluşumuna engel olmayacağı gözetilerek, sanığın eyleminin TCK'nın 212/1. maddesine uyan rüşvet alma suçunu oluşturduğu halde, yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçunda hüküm kurulması,"[427].

"Adana Elektrik Dağıtım müessesesinde, kesme, bağlama montörü olarak görev yapan sanığın görevi gereği olay tarihinde müştekinin dükkânını kontrolünde 95. 349. 000 lira borcu olduğunu tespit etmesi üzerine elektriği kesmemesi

[426] Yargıtay CGK, 18. 4. 1994, 5-55/103, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 14.07.2021.

[427] Yargıtay 5. CD, 7. 12. 2000, 2000/3140–6923, https://www.mevzuatinyeri.com/ornek-kararlar/tck-252-madde-rusvet-sucu-ornek-mahkeme-kararlari-h14169.html, Erişim Tarihi: 26.07.2021.

karşılığında müştekiyle 30. 000. 000 liraya anlaştığı, paranın o an temin edilmemesi sebebiyle ertesi gün tekrar gelen sanığın, müştekiye parayı tanık Volkan'a vermesini söylediği, tanıkla araca binip gittikleri sırada, müştekinin daha önceden durumu bildirmesinden dolayı güvenlik görevlilerince sanığın parayı tanık Volkandan alamadan yakalandığı, toplanan kanıtlardan anlaşılmış ve oluş Mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş olmasına göre, sanığın yapması gereken ve görevli olduğu kapatma işlemini yapmamak için yaptığı teklifin müşteki tarafından kabul edilmesi nedeniyle rüşvet anlaşmasının gerçekleştiği gözetilerek sanığın nitelikli rüşvet alma suçundan cezalandırılması yerine, yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır"[428].

"Sanıkların Bodrum İlçe Emniyet Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlar grup amiri ve polis memuru olarak görev yaptıkları, müştekiye ait işyerinde yapılan aramada 6136 sayılı Yasa kapsamında olduğu anlaşılan ruhsatsız tabancanın sanık polis memuru C. A. tarafından bulunarak el konulduğu ve müştekinin emniyete çağırıldığı, sanık komiser A. K.'nın tabanca hakkında işlem yapmama karşılığında müştekiden 2500 Euro istediği, müştekinin "bende o kadar para bulunmaz, fakirim demesi" üzerine sanık A. K'nın "biz senin maddi durumunu araştırdık eğer iyi olsaydı bunun hakkı 5000 Euro idi. ancak şu anda sen iyi binsin ve fakir olduğun, işlerinin yolunda gitmediğini duyduğum için Cuma gününe kadar 2500 euro getir silahı sana iade edelim ve buna İşlem yapmayalım sende zarar görme" demesi üzerine müştekinin teklifi kabul İle parayı bulup getireceğini söylediği, bilahare ödeme güçlüğü çeken, bu nedenle istenen parayı bulamayacağı düşüncesine kapılan müştekinin İlçe Emniyet Müdürü ile görüşüp ardında da C. Savcılığına başvurduğu sanıkların eylemlerinin bu şekilde ortaya çıktığı anlaşılmış, oluş da mahkemece benzeri biçimde kabul edilmiş bulunmasına göre sanıklardan kaynaklanan ve icbar teşkil ettiği İddia edilen fiillerin öğreti ve uygulamanın kabul ettiği anlam ve oranda belli bir şiddete ulaşmaması nedeniyle eylemin irtikap suçunu oluşturmayacağı, ancak kamu görevlileri olan sanıkların görevlerinin gereklerine aykırı olarak yasal zeminde bulunmayan müşteki ile belirli bir işin yapılması veya yapılmaması

[428] Yargıtay 5. CD, 21. 1. 2002, 2602/87, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 14.07.2021.

hususunda haksız bir yarar karşılığında rızaların uyumu ile rüşvet anlaşmasının gerçekleştiği, rüşvet anlaşması meydana geldikten sonra vaki pişmanlığın suçun oluşumunu ve niteliğini değiştirmeyeceği gözetilerek sanıkların rüşvet alma suçundan mahkumiyetleri yerine suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde irtikaptan hüküm kurulması,"[429]

"Oluşa ve dosya içeriğine göre, Trabzon SSK. Hastanesinde göz doktoru olarak çalışan sanığın SSK'lı olup, hastenede göreceği her türlü tedavi için ücret ödeme yükümlülüğü bulunmayan müştekilerden M.G.'den 07/06/1999 tarihinde ameliyat için 50 milyon lira istediği, müştekinin de kabul ederek ameliyat olduktan sonra 10/06/1999 tarihinde sanığın muayenehanesine yengesi Ü.G. ile birlikte giderek, başka param yok diyerek 30 milyon lira verdiği sanığın da kabul ederek aldığı, tanık Ümran'ın da bunu doğruladığı, bu durumda sanığın yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak için rüşvet aldığı anlaşılmakta olup, ayrıca sanığın aynı şekilde kendilerinden ameliyat parası aldığını iddia eden diğer müştekilerin iddialarının sübutu yönünden, öncelikle mahkemede dinlenilmeyen müştekiler İlyas Kalkan ve Sevgi Mazlum'un beyanlarının alınarak müştekilerin varsa iddiaya dair delillerinin de tespitinden sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken…" [430].

"Polis memuru olan sanıklarında görevli bulunduğu karakolda görev yapan isimleri belirlenemeyen bazı görevlilerin gece yaptıkları yol kontrolleri sırasında hatalı bulunan vatandaşlardan rüşvet aldıkları yolunda bilgi alınması ve 16. 2. 2001 günü Sakarya Emniyet Müdürlüğü Asayiş Şube Müdürlüğü'ne müracaatla bulunan müşteki Ş. M.'nin 1. 1. 2001 tarihinde gece yol kontrolü yapan sanıkların kendisinden ve arkadaşı G.'den para aldıklarını ve sonrada cinsel ilişkide bulunduklarını ileri sürmesi üzerine Asayiş Şube Müdürlüğü görevlilerinin iddianın doğruluğunu araştırmak, işleniyor ise suçun ve faillerinin tespiti için müşteki ile beraber tanıklar S. S. A. B. ve N. T.'ye önceden seri numaraları saptanan paraları

[429] Yargıtay 5. CD, 22. 12. 2005, 17305–23175, Erdal, Baytemir, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu", **TBB Dergisi**, 2010 (88), s. 354.

[430] Y. 5. CD. T. 06/05/2004, E. 2003/6762, K. 2004/3795, https://www.sinerjimevzuat.com.tr., Erişim Tarihi: 26.07.2021.

vererek sanıkların görevli bulundukları kontrol noktasına gönderdikleri, serbest bırakma karşılığı verilen 30. 000. 000 lininin sanıklar tarafından alındığı, müteakiben yapılan operasyonda suça konu paranın polis arabasında paspasın altında ele geçirildiği. 1. 1. 2001 ve 18. 2. 2001 tarihlerinde olmak üzere iki farklı rüşvet iddiası bulunmakla birlikte iki olayda yer alan tarafların kısmen farklı olması ile iddianame İçeriği ve belirtilen suç tarihi dikkate alındığında sadece 18. 2. 2001 günlü olayda sınırlı olarak kamu davası açıldığının tüm kanıtlar ve dosya içeriğinden anlaşıldığına göre, sanıkların yakalanması için yapılan anlaşmanın serbest irade ürünü olmaması nedeniyle rüşvet anlaşmasının oluşmadığı ve eylemlerinin rüşvet almaya eksik kalkışma niteliğinde olduğu gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması,"[431].

Rüşvet suçu kasten işlenebilen bir suç türüdür. Dolayısıyla rüşvet suçu, hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Rüşvet alan sağlık çalışanı ve rüşvet veren kişiler, sağlık çalışanının göreviyle ilgili olarak, bir menfaat üzerine bilerek ve isteyerek anlaşmaları ile rüşvet suçu oluşur. Dolayısıyla her iki taraf da serbest iradeleriyle rüşvet anlaşmasını kurmuş olmaları gerekir.

Rüşvet suçu, rüşvet anlaşması yapılması ile tamamlanır. Rüşvet anlaşmasından sonra, rüşvet suçuna konu eylemin, meydana gelip gelmediğinin, menfaatin, rüşvet alanın eline geçip geçmediğinin bir anlamı olmayacaktır; suç tamamlanmış gibi ceza hükmedilecektir. Rüşvet anlaşmasında, rüşvet veren veya rüşvet alan tarafın, rüşvet teklifinde bulunması gerekecektir. Rüşvet teklifinin yapılması ile rüşvet anlaşması yolunda ilk aşama tamamlanmış olup, ancak henüz rüşvet anlaşması kurulmuş sayılmaz. Rüşvet anlaşmasının kurulmuş olması için rüşvet teklifine karşılık olarak karşı tarafın bu teklifi kabul etmesi gerekir. Yapılan rüşvet teklifinin, karşı tarafça kabul edilmemesi ile rüşvet anlaşması kurulmamış olmakla beraber teklif eden açısından, rüşvet suçuna teşebbüs söz konusu olacaktır. Rüşvet anlaşması yapıldıktan sonra, henüz menfaat rüşvet alanın eline geçmese bile

[431] Yargıtay 5. CD, 7. 4. 2003, 2002/7795–2003/2473, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 26.07.2021.

taraflar rüşvet suçu açısından TCK'nın 36. maddesi anlamında gönüllü vazgeçmeden faydalanamazlar. Çünkü rüşvet anlaşması ile rüşvet suçu tamamlanmıştır, dolayısıyla tamamlanan bir suç için gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanamayacaktır. Ancak bu tür durumlarda, TCK 254. Maddesinde yer alan etki pişmanlık hükümleri taraflara uygulanabilecktir.

6.2.12. Hekimlerin Görevi Kötüye Kullanma Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu

Görevi kötüye kullanma suçu, TCK'nın *"Millete ve Devlete Karşı İşlenen Suçlar"* başlıklı kısmının "Kamu İdaresinin Güvenirliliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" arasında tek madde şeklinde, 257. Maddesinde düzenleme altına alınmıştır. TC'nın 257. maddesinde bu suç şöyle açıklanmıştır:

" Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Görevi kötüye kullanma suçu icrai ve ihmali şekilde işelenebilecek bir suç olarak tek madde altında yer almaktadır.[432] Ayrıca TCK'nın 257. Maddesinde geçen *"kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında"* şeklindeki ifade, bu maddenin genel hüm niteliğinde olan bir düzenleme olduğunu ortaya koymaktadır.[433]Bu şekilde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçundan dolayı, bir

[432] İlhan, Üzülmez, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (Tck m. 257)", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. XVI, Y. 2012, Sa: 1, s. 192.

[433] Handan, Yokuş Sevük, "Görevi Kötüye Kulanma Suçu", **DÜHFD(Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi)**, Cilt: 23, Sayı: 39, Yıl: 2018, s.259-260; İzzet, Özgenç / Cumhur, Şahin, "Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VI, S.1-2, Haziran-Aralık 2002, sh.193; Üzülmez, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. XVI, Y. 2012, Sa. 1, s. 193.

sağlık çalışanın cezalandırılabilmesi için sağlık çalışanın görevine aykırı davranmış olması ve bu eyleminin de kanunda yer alan herhangi bir suçun unsuru haline gelmemiş olması gerekecektir. Sonuçta herhangi bir sağlık çalışanını, görevinin gereklerine aykırı davranmasından dolayı yargılarken öncelikle yapılması gereken, ağlık çalışanının eyleminin, spesifik suç tanımlarına uyup uymadığı ortaya koyulmalıdır. Nitekim Yargıtay kararlarında, önceliklespesifik suç unsurunun varlığını araştırmış ve failin eyleminin herhangi bir suç kapsamına alınıp alınmadığına bakmıştır; eğerherhangi bir suç kapsamına alınamayacaksa görevi kötüye kullanma suçu unsurları kapsamında değerlendirmeler yapmaktadır:

" Somut olayda Kumluca Devlet Hastanesi'nde doktor olarak görev yapan sanığın gerçeğe aykırı biçimde düzenlendiği iddia edilen Genel Adli Muayene Formunda, başlık ve içerik bölümlerinde kimi bölümlerin boş bırakıldığı, resmi yazıda bulunması gereken gönderen makam, resmi yazı tarihi, resmi yazı no bölümleri ile raporu düzenleyen doktorun adı soyadı, kaşesi, sicil numarası ya da onun tarafından tanzim edildiğini gösteren resmi mührün bulunmadığı, belgenin bu hali ile hukuki sonuç doğurmaya elverişli bir belge olmadığı ve resmi belgede sahtecilik suçunun oluşmayacağı anlaşılmakla, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nun 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında yanılgıya düşülerek resmi belgede sahtecilik suçundan hüküm kurulması" bozmayı gerektirmiştir" [434].

Görevi kötüye kullanma suçunda, korunmak istenen hukuksal fayda, kamu idaresine olan güveninin sarsılmamasıdır[435]. Kamu idaresinde, çeşitli yetkilerle görevlendirilen kamu görevlileri vardır. Kamu görevlileri, kendilerine verilen

[434] Yokuş Sevük, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", s. 259-260., Y11.CD, 26.12.2016, E. 2016/12325, K. 2016/8795.

[435] Sahir, Erman / Çetin, Özek; **Ceza Hukuku Özel Bölüm – Kamu İdaresine Karşı Suçlar**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1992, s. 207;, Pınar, Memiş Kartal, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 1380-1381; Yokuş Sevük, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", s. 261-262; Üzülmez, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)", s. 193-194.

görevleri, sadakatle yerine getirmek zorundadırlar. Böylelikle toplumda, kamu idaresinde yer alan kamu görevlilerininsadakatla ve objektif kriterlerle görevlerini yerine getirdiği düşüncesi yaygınlaşacaktır. Ancak dürüstlük ve objektif kriterlerinden uzaklaşarak, kamu görevini kötüye kullanan kamu görevlisinin eylemleri, insanların kamu idaresine olan güveni sarsıntıya uğratacaktır. Bu yüzden bu suç tanımıyla, toplumun kamu düzeni ve güvenliğine olan inancının devamlılığı sağlanmak istenmiştir.

Görevi kötüye kullanma suçu, kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir suçtur. Bu yüzden sağlık çalışanın eyleminin, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilebilmesi için, öncelikle kamu görevlisi olması gerekeceketir. Kamu görevlisinin tanımı, TCK 6/1-c'de şöyle yapılmaktadır: *"Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi"*Dolayısıyla maddenin kendisinde ve gererekçesinde yer aldığı üzere, kişinin kamu görevlisi olarak değerlendirilmesi için en önemli kriter, kamusal faliyetin yürütülmesidir. Sonuç olarak kamu görevlisini, kamu gücünü kullanarak ve anayasanın genel idare esaslarına göre atanarak kamusal faaliyetleri yürüten kişi olarak tanımlamak yerinde olacaktır.[436] Sağlık çalışanlarının, bu suç kapsamında, kamu görevlisi olarak değerlendirilmesiyle ilgili Yargıtay, kamu idaresi kapsamında çalışan sağlık çalışanlarının, kamu görevlisi kabul edileceği yönünde kararlar vermiştir: *"Doktor olan sanıklar ...., ... ve ....'in tüm aşamalarda, "üzerlerine atılı suçlamayı kabul etmediklerine ve sanıklar ... ve ....'i muayene ederek, elde ettikleri tetkiklere göre suça konu ilaçları yazdıklarına" ilişkin istikrarlı savunmaları, bu savunmaları doğrular içerikte diğer sanıklar .... ve ....'in doktorların yanına bizzat giderek kaslarının gelişmesi için suça konu ilaçları yazdırdıklarına ve bu ilaçları kendilerinin kullandıklarına ilişkin beyanları ile doktor olan sanıklar ile diğer sanıklar arasında iştirak halinde hareket edildiğine dair her hangi bir delilin bulunmadığı, kayıt işlemlerinin genellikle hastane personeli tarafından yapıldığı hususu da göz önüne alındığında sanıkların sahtecilik kastı ile hareket etmedikleri, dolayısıyla resmi belgede sahtecilik suçundan beraatları yerine yetersiz gerekçe ile*

[436] İzzet, Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2011, s. 541.

mahkumiyetlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiş, ayrıca doktor olan sanıkların özel hastanede çalışanı olmaları nedeni ile de, eylemlerinin görevi kötüye kullanma suçuna vücut vermeyeceği anlaşıldığından, tebliğnamede ki (2-a) bendinde belirtilen bu yöndeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir"[437]. Bu açıklama ile özel hastanede çalışan veya kendi adına serbest meslek olarak çalışan hekimler, kamu görevlisi olarak değerlendirilemeyeceğinden dolayı, bu suçun faili olarak yer alamayacaklardır. Ancak özel kanunlarla, kamu görevlisi gibi değerlendirilen kişiler, bu suçun faili olabileceklerdir.

Yargılamanın soruşturma veya kovuşturma süreçlerinde hâkim veya savcılar tarafından, kişilerden yargılama ile ilgili olarak birtakım bilgiler istenebilecektir. Hâkim veya savcıların yargılama ilgili olarak bilgi istedikleri kişilerin, istenilen bilgiyi vermemeleri eyleminin, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirlip değerlendirilemeyeceği konusunda tartışmalar mevcuttur. Bu durum ile ilgili olarak CMK'nın 332. maddesinde:

"Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir.

Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır" şeklinde düzenleme yapılarak yargılama makamlarının istediği bilgilerin verilmemesi fiilinin, örevi kötüye kullanma suçunun fiili olarak tanımlanması gerektiği ortaya koyulmaktadır. Her nekadar TCK 6/1-c maddesindeki kamu görevlisi tanımı ile çelişiyor gibi görünse bile TCK 6/1-c maddesindeki *herhangi bir sürette kamusal faliyete katılma"* şeklindeki değerlendirme ile bir kamusal faaliyet olan yargılama süreci kapsamında bilgi istenilmesi işlemi de bir

[437]Y 15. CD, 14.3.2017, E. 2017/14316, K. 2017/7499; https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/. Erişim Tarihi:05.06.2021.

kamusal faliyetin parçasıdır. Bu yüzden yargılama makamlarının, kendisinden bilgi istediği kişiler de kamusal faliyetinbir parçası olmuş olacaklar ve kamu görevlisi gibi işlem göreceklerdir.

Görevi kötüye kullanma suçu ile korunmak istenen yarar, kamu idaresine olan güvenin sarsılmaması ve kamu idaresnin işeyişinin devamlılığının sağlanmasıdır. Bu yönüyle değerlendirildiğinde, görevi kötüye kullanma suçunun mağduru, kamu idaresi görülse bile toplumun kamu düzenine olan güveni sasılacağından dolayı aslında bu suçun mağduru herkestir[438]. Ancak bu suç ile bir zarar meydana gelmiş ise suçtan zarar gören olarak kamu idaresi değerlendirilebilecektir. Fiil, bir kişiye direkt zarar vermiş ise spesifik olarak bu gerçek kişi, bu suç kapsamında mağdur olarak tanımlanacaktır.

Türk Ceza Kanununda düzenleme altına alınan görevi kötüye kullanma suçu, TCK'nı 257. Maddesinde iki ayrı fıkra halinde yer almaktadır. Bu madde kapsamında, görevi kötüye kullanma suçu; kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etme şeklinde icrai, kamu görevlisinin görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterme şeklinde ihmali şeklinde işlenebilecektir[439]. Yargıtay birçok kararında failin eyleminin, ayrıntılı olarak incelenmesi ve TCK'nın 257. Maddesinin hangi fıkrasınna dahil olduğunun açıkça ortaya konulması gerekliliğini ortaya koymaktadır:

"... Barosuna kayıtlı avukat olarak görev yapan sanığın, davacı mağdur vekili sıfatıyla davalı Sağlık Bakanlığı aleyhine açtığı iptal davası neticesinde mahkemece verilen 14.08.2008 tarihli ve ...sayılı karar ile dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesinden sonra görevli ve yetkili Asliye Hukuk Mahkemesinde süresi içinde yeni bir dava açmayarak müvekkili olan mağdurun mağduriyetine sebep olduğu olayda; sanığın eyleminin TCK'nın 257/2. maddesi

[438] Özgenç, / Şahin, "Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler", s. 99; Memiş Kartal, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", s. 1381-1382; Yokuş Sevük, s. 268; Üzülmez, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257, s. 195-196.

[439] Memiş Kartal, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", s. 1382.

uyarınca ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden aynı Kanunun 257/1. maddesi ile hüküm kurulması"[440].

"...Barosuna kayıtlı avukat olarak görev yapan sanığın, Manyas Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen davada katılanı davacı vekili sıfatı ile temsil ettiği, 16/04/2009 tarihli duruşmada mahkeme tarafından 20 günlük kesin süre verildiği halde süresinde cevaba cevap dilekçesi ve delil listesi sunmayarak katılanın mağduriyetine sebep olduğu olayda; sanığın eyleminin TCK'nın 257/2. maddesi uyarınca ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden aynı Kanunun 257/1. maddesi ile hüküm kurulması"[441]

"... Özel İdare müdürü olarak görev yapan sanığın, hakkında katılan vekili tarafından yapılan icra takibinin kesinleşmesinden sonra maaşına haciz konulması için... İcra Müdürlüğü'nce gönderilen 10/03/2008, 13/03/2008, 07/10/2009, 02/06/2010 ve 17/01/2011 günlü yazıların gereğini yerine getirmediği gibi... İcra Müdürlüğü tarafından maaş haczi yapıldığını ve buna ilişkin belgeleri göndereceğini belirten 16/06/2010 günlü eksik ve yanıltıcı cevabi yazıyı gönderdiği, ... İcra Müdürlüğünce 17/01/2011 tarihli müzekkere ile anılan icra takip dosya numarası ile kesinti miktarlarını gösterir banka dekontlarının istenilmesine rağmen bu yazıya da cevap vermeyerek katılanın mağduriyetine neden olması şeklinde gerçekleşen eyleminin, icrai davranışlarının da bulunması nedeniyle TCK'nın 257/1. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden aynı kanunun 257/2. maddesi uyarınca hüküm kurulması," bozmayı gerektirmiştir"[442].

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için icrai veya ihmali şekliyle olması farketmeksizin sadece eylemin olması yetmeyecektir aynı zmanda bu eylem

---

[440] Y 21. CD, 24.02.2016, E. 2015/6131, K. 2016/1633, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 26.07.2021.

[441] Y 21. CD, 19.11.2015, E. 2015/3927, K. 2015/5339, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 26.07.2021.

[442] Y 5. CD, 23.06.2018, E. 2014/6749, K. 2016/6698, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 26.07.2021.

ile kamusal bir zarar veya kişiler yönünden bir mağduriyet oluşması gerekecektir. Görevi kötüye kullanma suçu kapasmında eyle ile zararın birlikte ve illiyet bağı olacak şekilde meydana gelmsesi gerektiği Yargıtay kararlarınca da ortaya konulmaktadır;

"Yargı mensupları, bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk, tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat koşullarına sahip olmalıdırlar. Hakim ve savcılar kendilerine verilen görev ve tanınan yetkileri, ulusal hukuk normları ile evrensel anlamda kendilerini bağladığında kuşku bulunmayan, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ve Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları "Budapeşte İlkeleri" kurallarına tabi olarak yerine getirmelidirler. Hakim ve savcıların hukuka veya etik kurallarına aykırı davranışlarının, kişilerin mağduriyetine yol açması veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlaması, 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde yaptırıma bağlanan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.". Olayda Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi'nce 24.11.2006 gün ve 2-5 sayı ile; " ...sanık Semih ile uyuşturucu suçundan sanık ve tutuklu bulunan Arif'in kardeşi D.Rüfai, Erdoğan ve AV.Mehmet'in halde K... Restorant'ta birlikte yemek yedikleri, sanık D.Rüfai'nin yemek sırasında kardeşinin yargılanması ile ilgili olarak sanık Semih'ten yardım talep ettiği, sanık Semih'in Arif'in yargılandığı A ... Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde iddia makamı temsil eden görevli C.Savcısı olduğu, dolayısıyla Arif'i yargılayan heyete dahil bulunduğu, görülmekte bulunan bir dava ile ilgili olarak davanın sonucunu değiştirebilecek ve etki edebilecek bir mahiyette sanığın kardeşine 'Avukatın var ama Mehmet Bey'i de tut, tamam ben gerekeni yapacağım, kaleme git, benim ismimi ver, dosyayı 2 nolu DGM'ye düşürsünler, bir sorun olursa beni ararsın diye talimat verdiği" yargılama dosyasını sanığın görevli olduğu A ... 2 nolu DGM'ye düşmüş olmasını maddi bir vaka olması karşısında sanığın eyleminin görevde yetkiyi kötüye kullanma şeklinde sübut bulduğunu kabul etmek gerekmektedir"[443].

[443] YCGK, E. 2007/5-83, K. 2007/244, T. 20.11.2007, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 26.07.2021.

6.2.12.1. Görevlerinin Gereklerine Aykırı Hareket Etmek

TCK'nın 257. Maddesinin 1. Fıkrasında düzenlenen Görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için kamu görevlisinin, görevlerinin gereklerine aykırı hareket ederek kişilere veya kamu idaresine zarar vermesi gerekecektir. Ancak failin bu suç kapsamında suçlanabilmesi için, gerçekleştirdiği eylemin, kamu idaresi tarafından kendisinin yetkilendirildiği bir görev ile ilişkili olması gerekir. Kamu idaresi tarafından yetkilendirilen kamu görevlisi, bu göreve aykırı davranmak süretiyle, bu suçun faili konumunda olacaklardır.[444] Bu suçun oluşması için icrai nitelikte bir eylem gereklidir. Ancak failin yetkilendirilmediği veya görev alanın olmadığı durumlarda, icrai hareketler görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirlemeyecektir. Görevi kötüye kullanma suçu kapsamında, eylemin verilengörev ile illiyet bağı olması gerekliliği, çok sayıda Yargıtay kararında da vurgulanmaktadır:

"Görevi kötüye kullanma suçunda uyuşmazlık, suç tarihinde Milli Eğitim Bakanlığı müsteşarı olan sanığın bu suçu işleyip, işlemediğinin belirlenmesine ilişkindir. Katılan, Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Milli Eğitim Bakanı imzalı üçlü kararname ile başka bir göreve atanmak üzere Milli Eğitim Müdürlüğünden alındığını, Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünün kararı ile katılanın Çıraklık ve Yaygın Eğitim Genel Müdürlüğü Ankara Yaygın Eğitim Enstitüsü sınıf öğretmenliğine atandığını, kararnamenin iptali istemiyle açılan davayı inceleyen İdare Mahkemesince davanın kabulüne, katılanın Milli Eğitim Müdürlüğünden alınmasına ilişkin kararnamenin iptaline karar verildiğini belirtmiştir. Mağdurun gerek alındığı gerekse atandığı görevler, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Yasa uyarınca müşterek kararname ile atanmayı gerektiren görevlerdendir. Üçlü imzayı gerektiren müşterek kararnamelerin, ilgili Bakan, Başbakan ve Cumhurbaşkanı tarafından önce incelenerek ve yapılan denetim sonucu hukuka uygunluğu saptanarak imzalandığı ve ardından Resmi Gazetede yayımlanması ile yürürlüğe girdiği nazara alındığında, sanık müsteşarın bu kararnamenin hazırlanmasında icrai bir görevi

[444] Mehmet Emin, Artuk / Ahmet, Gökçen / Caner, Yenidünya, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, 12. Bası, Ankara 2012. Mehmet Emin, Artuk / Ahmet, Gökçen / Caner, Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, Ankara, 2010, s. 934.

bulunmamaktadır. Kararname taslağında sanığın imzası bulunmamakla birlikte, sanığın müsteşarı bulunduğu Milli Eğitim Bakanlığında hazırlanması suç teorisi yönünden icrai hareket niteliğinde değil, hazırlık hareketi mahiyetinde bir eylemdir. Sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekir"[445].

"Suç tarihinde Gölköy Devlet Hastanesinde doktor olan sanık ...'in geçici olarak görevlendirildiği Mesudiye Devlet Hastanesinde hastaları muayene etmeden sağlık karnelerine ilaç yazıldığı ve bu reçetelerin sanığın eşi diğer sanık ...'in eczanesinde faturalandırıldığı iddiası ile açılan davada; ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.02.2014 gün ve 2012/11-1347esas 2014/30 karar sayılı ilamında açıklandığı ve dairemizin de benzer kararlarında kabul edildiği üzere, eczaneden gelen ya da hasta yakınlarının bizzat getirdikleri sağlık karnelerine, hastaları görmeden, ancak konulan hastalık tanısıyla uyumlu ilaç yazma şeklindeki eylemlerinin bir bütün olarak " görevi kötüye kullanma" suçu kapsamında kaldığı,"[446].

6.2.12.2. Görevlerinin Gereklerini Yapmakta İhmal Veya Gecikme Göstermek

Görevi kötüye kullanma suçunun bu şekilde işlenmesiTCK 257/2'de düzenleme altına alınmıştır. Bu fıkra kapsamında, iki seçimlik hareket vardır: görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermesi veya görevini geciktirmesidir. Ancak her iki seçimlik hareket için de önemli olan, bu eylemin kamu idaresi tararfından belirlenmiş görev tanımı ile ilgili olmasıdır. Failin görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermesi hali kendisinde kamu idaresinin verdiği görevi ihmal ederek yerine getişrmemesi şeklinde meydana gelecektir. Failin bu ihmali sonucunda görevinin gereğini yerine getirmemesi sonucunda kişilere veya kamu idaresine zarar verimesiyle ihmal süretiyle görevini kötüye kullanma suçu oluşmuş oolacaktır. TCK

[445] YCGK, E. 2012/4-265, K. 2012/246, T. 26.6.2012, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 26.07.2021.

[446] Y 11. CD, 26.4.2017, E. 2015/19, K. 2017/3158, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 26.07.2021.

257/1'de yer alan iki seçimlik hareketten biri olan kamu görevlisinin görevinin gereklerini yapmakta gecikme göstermesi halinde, ihmalden farklı, görev bilinçli olarak geç yerine getirilmektedir. Görevin meydana gelmesinin geciktirilmesiyle zarar meydana gelmiş ise suç tamamlanmış olacaktır[447]. İhmali davranış ile görevi kötüye kullanma suçu ile ilgili olarak, yargıtaybir çok kararında önemli tespitler yapmıştır:

"'İncelenen dosya kapsamına göre; sanıkların, Muğla Devlet Hastanesinde ebe olarak görev yaptıkları, 25.03.2012 tarihinde anılan hastanede normal yolla doğan ...'in 26/03/2012 günü saat 05:00 sıralarında öldüğü, ölüm nedeninin, perinatalpnomoni ve amnion sıvı aspirasyonu olduğunun tespit edildiği olayda; Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu raporunda da belirtildiği üzere, sanıkların, yenidoğan bebeğin takibi sırasında gözlem kağıdına ateş, nabız, solunum vb. vital bulguları içerir parametreleri tespit edip kayıt etmeleri ve sonuçlarına göre vaktinde nöbetçi hekimi haberdar etmeleri gerekirken, ihmali davranışla bunu yapmadıkları anlaşıldığından, Dairemiz'in bozma ilamı doğrultusunda, sanıkların eylemlerinin ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi suretiyle TCK'nın 257/2. maddesi gereğince cezalandırılmalarına ilişkin mahkemenin kabul ve uygulamasında isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamede bu hususta bozma öneren görüşe iştirak edilmemiştir'"[448].

"Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 29.09.2012 tarihli raporda, "... oğlu, 1989 doğumlu ... hakkında düzenlenen adli ve tıbbi belgelerin değerlendirilmesinde; trafik kazası sonucu acil servise gelen hastanın acil hekimi tarafından değerlendirilip gerekli tetkiklerin yapıldığı, göğüs cerrahisi konsültasyonu istendiği, kişide gelişen parsiyelpnömotoraksın takip edilebileceği, acil operasyon gerektirmediği, kişinin hastanede müşahade altında tutulduğu, genel durumunun iyi olması üzerine kontrole gelmek üzere taburcu edildiği anlaşılmış olup, yapılan uygulamaların tıp kurallarına uygun olduğu oybirliği ile mütalaa

[447] Memiş Kartal, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257); Yokuş Sevük, Görevi Kötüye Kullanma Suçu s. 276-280; Üzülmez, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", s. 203.

[448] Y 12. CD; 16.01.2017, E. 2015/15778, K. 2017/295, Akataran: Yokuş Sevük, Görevi Kötüye Kulanma Suçu, s. 278-279.

olunduğu"nun belirtildiği olayda" esas mahkemesinin bilirkişi raporunu dikkate alarak doktor sanıkların ihmallerinin bulunmadığını tespitle görevi ihmal suretiyle kötüye kullanma suçundan verdiği beraat kararları Yargıtay tarafından onanmıştır"[449].

Görevi kötüye kullanma suçu, kasten işlenebilen suçlardandır. Kamu görevlisinin, bu suçun faili olabilmesi için görevinin gereklerine aykırı hareket ettiğini bilmesi ve istemesi gerekecektir. Manevi unsur boyutyla tartışılan konu, kamu görevlisinin hareketi bilerek ve isteyerek yapmasının yanında, oluşacak zararı da bilmesinin gerekli olup olmadığıdır. Bu tartışmalar ışığında, Yargıtay kamu görevlisinin hem hareket hem de oluşacak zarar konusunda kastının olması gerektiği hususunda çokça kararı mevcuttur:

"savcı olan sanığın olayda suç kastının bulunmadığı sonucuna varılmış infaz işlemlerine katılan diğer görevliler gibi insani yanılgı ile yanlış uygulama yaptığından beraatinin gerektiği; hükümlünün cezasının infazı sırasında birden fazla müddetname tanzim etme yanlış yapılan infaz işlemlerinin görevi savsama kastı ile yapılmadığı insani yanılgı ile yanlış uygulama yapıldığı ifade edilmektedir" [450].

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2009 tarihli bir başka kararı da yine savcı olan sanığın görevini geciktirmesi dolayısıyla hakkında açılan görevi kötüye kullanma davasında sanığın iş yükünün çokluğu, personel azlığı, bütün işlerin takibinin tarafından yapılıyor olmasında bu gecikmenin olağan olduğu ifade edilerek sanıkta görevini geciktirmeye yönelik kastının bulunmadığına yönelik beraat kararı örnek teşkil edilebilir"[451].

---

[449] Yokuş Sevük, "Görevi Kötüye Kulanma Suçu", s. 281.,Y 12. CD, 14.2.2018, E. 2016/5581, K. 2018/1517.

[450] YCGK, E. 2005/4-163, K. 2006/14, T. 7.2.2006, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 26.07.2021.

[451] YCGK, E. 2008/4-267, K. 2009/59, T. 17.3.2009, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 26.07.2021.

Görevi kötüye kullanma suçu, TCK'da taksirle işlenebilen suçlar arasında sayılmadığından dolayı bu suç taksirle işlenebilen bir suç değildir. Bu yüzden, kamu görevlisinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak kastı olmadan, uyguladığı fiili, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir. Nitekim Yargıtay da bazı kararlarında, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getiriken iş yoğunluklarının olacağı ve bu hususda dikkatsizliklerinin olabileceği ve bu durumun da taksir unsurları olduğunu, ancak bu suçun da taksirle işlenen suçlar arasında olmadığına dair tespitleri mevcuttur:

"... somut olay değerlendirildiğinde; Cumhuriyet savcısı olarak görev yapan ve kamu görevlisi olduğu hususunda tereddüt bulunmayan sanığın; yürüttüğü altmışdört soruşturmada ifadeleri alınan şüpheliler hakkında iddianame düzenlenmesi veya kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesinde üç aydan dört yıla kadar gecikmelere neden olduğu, on adet soruşturmada tutukluluklarının üzerinden üç ila dokuz ay geçmesine rağmen şüphelilerin tutukluluk durumlarının değerlendirilmesine ilişkin mahkemeden talepte bulunmadığı, üçünde şüphelilerin yakalandığının bildirilmesine rağmen uzun süre işlem yapmadığı, tutuklu olan şüphelilerin cezaevinden gönderdikleri tahliye talepli dilekçeleri işleme koymadığı, bir başka evrakta kendisinin de katıldığı oturumda mahkemece yalnızca yargılamaya konu suçlar yönünden serbest bırakılmasına karar verilen sanığın, başka suçlardan tutuklu bulunmasına rağmen bütün suçları kapsayacak şekilde tahliye edilmesine neden olduğu, aradan iki ay geçtikten sonra aynı sanık hakkında yakalama kararı istediği, yakalanmasının ardından uzun süre herhangi bir işlem yapmadığı anlaşılmaktadır. Sanık söz konusu gecikmelerin iş yoğunluğundan kaynaklandığını savunmuş ise de, bu konuda yetkililere herhangi bir müracaatta bulunmadığı, elindeki soruşturma dosyalarının yaklaşık yarısının, dört yıl gibi uzunca bir süre işlemsiz kalması nedeniyle suç tarihinden önce Cumhuriyet Başsavcıvekili tarafından özellikle tutuklu dosyalara özen göstermesi konusunda uyarıldığı hususları nazara alındığında, iş yoğunluğu mazeretine dayalı savunmasının, makul, hayatın olağan akışına ve görev anlayışına uygun bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu nedenle sanığın

görevinin gereklerini yerine getirmekte ihmal ve gecikme göstermek suretiyle kanuna aykırı davrandığı ortadadır"[452].

"İki Bakanlığın birleştirilmesi olağandışı karmaşa doğurmuş, toplam 719 adetten ibaret geniş kadro 296 gibi dar bir sayıya çekilmiştir. Böyle bir evrede kadro yerleşiminden sorumlu kişilerin öncelikle ve sadece müştekiyi yerleştirme sorumluluğu taşımadığı, çok sayıda başka görevliye de denk sıfat ve makam bularak yeni idari davalara neden olmama mesuliyetini üstlendikleri gözetilmelidir. Bu durumda da sanığın, Bakan tarafından verilen atama emrinin konusunun suç teşkil edip etmediğini belirlemekte hataya düşmesi olanaklı bulunduğundan, ortaya çıkan bu şüphenin sanık lehine değerlendirilmesi ve eyleminde görevde yetkiyi kötüye kullanma kastı ile hareket etmediğinin kabulü gerekmektedir"[453].

[452] YCGK, 21.10.2014, E. 2012/4-1283, K. 2014/430, www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 26.07.2021.

[453] YCGK, 11.03.2008, E. 2007/4. MD-197, K. 2008/46, https://www.kararara.com.tr., Erişim Tarihi: 26.07.2021.

SONUÇ

Hekimlerin çalışma hayatlarında, uğraş içinde oldukları materyal insanlardır. Hekimler, insanların sağlıklı bir hayat sürdürebilmelerini sağlamak için, yoğun bir şekilde çalışmaktadırlar. İnsanların sağlıklı bir yaşama sahip olmalarını sadece fiziksel olarak iyi olma olarak yorumlamak eksik olacaktır. Nitekim DSÖ'nün de vurguladığı üzere insan biyopsikososyal bir varlıktır. Bu yüzden insanların sağlıklı olması ancak onların biyolojik, psikolojik ve sosyolojik olarak tam iyilik halinde olmaları ile mümkün olacaktır. Hastaların sağlıklı olma hali aynı zaman da yaşam hakkı ile sıkı ilişki içindedir. Hastaların, sağlıklı yaşama haklarına ulaşabilmeleri için toplumun ve devletlerin, insan hakları boyutuyla, sağlık hakkına bakış açısı değişmelidir. Sağlık hakkını, salt hastaların hastalıklarının iyileşmesi için ulaşılması gereken standartlar olarak değerlendirmek eksik olacaktır. Nitekim sağlığı, sadece hasta olanın, sağlığına kavuşması olarak görmemek gerekecektir, aynı zamanda insanların hasta olmasını engellmek için; daha hastaların evlerinde başlayan, birinci basamak sağlık hizmteleri olarak da değerlendirmek gerekir. Çalışmamızda da belirttiğimiz üzere sağlığı olumsuz kavramlaştırmayla ile "hasta olmamak" olarak yapılan tanımların, yerini insanın tam iyilik halinde olması gibi pozitif bir tanımlama yapılmak daha gerçekçidir. DSÖ her nekadar evrensel boyutta, sağlığın tanımını yapmış olsa bile sağlık hakkına ulaşılması aşamasında, bu hakkın öznesi olan sağlığın gereklerine ulaşım ülkeden ülkeye değişmektedir. İnsanların yaşadığı toplum biçimi ve sosyo ekonomik düzey bireyin sağlık hakkına erişimini de etkileyecektir. Bu yüzden, sağlıklı olma halini ve sağlık hakkı ile ilgili yapılacak değerlendirmeler her ülkenin kendi ulusal mevzuatlarına bırakılmamalıdır. Çünkü sağlık hakkı yaşam hakkının vazgeçilmez olan bir parçasıdır. Yaşam hakkının uluslararası belgelerde ciddi bir koruma altına alınmış olması, sağlık hakkının da bu düzenlemelerden faydalınacağı anlamına gelmeyecektir. Oysaki sağlık hakkının öznesi; hem ulusal hem de uluslararası düzenlemelerde, herkes olarak görülmektedir. Bu yüzden bütün insanlığı ilgilendiren sağlıklı olma ve eşit sağlık hakkına erişim, salt ülkelerin vicdanına bırakmak, insan hakları felsefesine aykırı olacaktır. Pozitif insan hakları içerisinde değerlendirilen sağlık hakkının uygulanması sırasında, devletlerin pozitif yükümlülük anlamında birtakım sorumlulukları vardır; "saygı, koruma ve gereğini yerine getirme. Devletlerin sağlık hakkı ile ilgili olan pozitif yükümlülükleri mutlaka

uluslararsı belgelerce koruma altına alınmalı ve eşit bir şekilde ululsal belgelerde de yer alması sağlanmalıdır. Aksi takdirde tüm insanlığın temel hakkı olan sağlıklı yaşama hakkı onların ellerinden alınmış olacaktır.

Sağlık hizmetleri sunumunda, hasta hekim ilişkisinde, hasta ve hekimin hak ve yükümlülükleri önem kazanmakatadır. Hasta haklarının ortaya çıkışının amacı; birey-devlet ilişkisinde bireyi, devlete karşı koruyarak, bireyin temel haklarını daha etkin bir şekilde kullanmasını sağlamaktır. Hasta haklarının, insanların sağlık hakkına erişimini kolaylaştıcı yönü olduğu apaçıktır. Hasta haklarını, kişinin hasta olmasını engellemek veya kişi hasta olmuşsa, kişinin sağlık hizmetlerinden en yüksek seviyede yararlanmasını kolaylaştıran, birey-devlet ilişkisinde bireyin onur ve haysiyetini koruyan haklar olarak değerlendirmek gerekir. Hasta hakları ile ilgili değerlendirmeler, insanların varoluşu ile paraleldir. Nitekim ilk hasta hakları ile ilgili tanımlamalar Hipokrat yeminine dayanmaktadır. Hasta hakları da sağlık gibi dinamik bir süreçten geçmektedir. İkinci Dünya savaşından sonra hızlı değişimler göstermiştir. Daha sonraki yıllarda birtakım uluslararası hasta hakları belgeleri yayınlanmıştır. Ancak bu uluslararası hasta hakları bildirgelerinin ulusal boyuta taşınması sırasında aksaklıklar yaşanmıştır. Aslında bu aksaklıkların temelinde yatan sorun; ülkelerin tıpkı sağlık hakkına bakış açılarında olduğu gibi hasta haklarına temel insan hakları boyutuyla değerlendirmemeleridir. Oysaki hasta hakları ile igili sorunların çözümüne dair belgeler uluslararası boyutta olmalı ancak mutlaka ülkelere bu boyutuyla yaptırımlar yapılmalıdır. Aksi takdirde ülkelerin sosyo ekonomik düzeylerine ve yönetim kadrolarındaki kişilerin bakış açılarına bağlı olarak değişkenlik gösterecektir.

Hasta hekim ilişkisi eşitlikçi bir yaklaşımla ele alınmalıdır. Bu ilişki boyutuyla ulusal ve uluslararsı belgelerde genellikle hasta haklarına yoğunlaşma yaşandığı izlenmeketedir. Ancak hasta hekim ilişkisine eşitlikçi bir yaklaşım ile sağlık standartlarını maksimum düzeye çıkarabiliriz. Hasta hekim ilişkisinde yapılan en büyük yanlışlık; bu ilişkinin bir tarafına haklar verilip, diğer tarafa sadece sorumluluklar verilmesidir. Ülkemizde hasta hakları ile ilgili temel düzenleme, hasta hakları yönetmeliğidir. Hasta hakları ile ilgili düzenlemenin tek bir hukuki mevzuat şemsiyesi altında yapılması olumlu olmakla beraber bu düzenlemenin daha üst norm

niteliğinde olan kanun bağlamında değerlendirlmesi bu hakkın kullanımını daha güvenli hale getirecektir. Bu bağlamda bir diğer eksiklik ise; hukuki mevzuatımızda hekim hakları ve yükümlülükleri ile ilgili bir değerlendirmenin olmayışıdır. Sunulan sağlık hizmetlerinin daha iyi hale gelmesi için; aynı yönetmelikte ya da farklı bir mevzuat hazırlanarak hasta hekim ilişkisinde taraf olan hekimlerin ve hastaların haklarının, etik ilkelerin toplu bir şekilde düzenlenmesi toplumun faydasına olacaktır. Aksi takdirde taraflardan biri olan hekimler, bu ilişkide kendilerini güvende hissetmeyecektir. Bu durumda hekimler; tıbbi müdahale esnasında kendilerini güvende hissetmeyecek ve bu yüzden doğru kararlar almaları etkilenecektir. Ayrıca hastasını sağlıklı hale getirme amacı olan hekimlerin sağlıklı olması ve sağlıklı ortamlarda bu hizmeti vermesi gerekmektedir. Bu yüzden yönetenler, hekimlerin sağlık hizmeti sundukları ortamı çalışabilir hale getirmeli ve hekimlerin verdikleri hizmette desteklenmeleri gerekmektedir.

Hekimler, hastalara sağlık hizmeti sunarken tıbbi müdahalelerde bulunacaklardır. Tıbbi müdahaleleri, saltfiziksel olarak yapılan mnüdahaleler olarak yorumlamamak gerekir. Tıbbi müdahaleyi, fiziksel iyilik hali dışında, hastanın psikolojik ve sosyolojik olarak iyi olma halini etkileyebilecek, hekimin tüm hal ve hareketleri olarak görmek daha doğru olacaktır. Ayrıca tıbbi müdahaleyi, salt sağlık tesislerinde hastaya uygulanan tedavi edici hizmetler olarak görmemek gerekir. Nitekim tıbbi müdahale, koruyucu sağlık hizmetleri ve adli işlemler gibi hizmetlerde de gündeme gelmektedir. Tıbbi müdahale konusu tartışılırken en önemli husus, yapılan tıbbi müdahalenin etik ve hukuki değerlere uygun olup olmadığıdır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesi için üç ana unsurun bir arada bulunması gerekir: Tıbbi müdahale yapan kişinin bu konuda yetkili olması, tıbbi müdahale yapılmasına hastanın rızasının ve onayının olması, tıbbi müdahalenin objektif bilimsel veriler ışığında gerekli olması ve buna bağlı olarak yapılması. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan en önemli husus, aydınlatılmış rıza kavramıdır. Hekim tarafından, hastadan aydınlatılmış rızanın alınmamış olması, tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getireceği gibi ceza ve özel hukuk anlamında, hekime birçok sorumluluk getirecektir. Çalışmamızda da belirttiğimiz üzere hasta-hekim ilişkisi temel olarak sözleşmesel ilişki boyutundadır. Bu temelde, hekimin hastasını aydınlatmamasını, vekâlet ilişkisindeki vekilin güven unsuruna aykırı davranması

şeklinde değerlendirilir. Hastanın aydınlatılmasıdaki bir diğer amaç; hastanın kendi vücut bütünlüğüne ilişkin karar verme hakkının korunmak istenmesidir. Bu hak; Anayasamızın md.17/2' de "kişinin kendi geleceğini bizzat kendisinin belirleme hakkı" şekilinde koruma altına alınmıştır. Bu yüzden hekimler, hastalarının, kendi geleceği hakkında serbestçe karar verme hakkına saygı duymalıdır. Aksi takdirde hukuk düzeni tarafından korunan hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, hekim tarafından ihlal edilmiş olacaktır.Bu yüzden hekimin uygulayacağı tıbbi müdahale için hastasından, rıza almadan önce nitelikli bir şekilde aydınlatma yapması gerekir.Ancak ülkemizde, aydınlatma ile ilgili olarak henüz net kriterler ortaya koyulmamıştır. Aydınlatma, her hasta ve hastalık için spesifik olmalıdır. Oysaki ülkemizdeki uygulamada, her olaya spesifik stndardize edilmiş rız ilkeleri mevcut değildir. Bu yüzden tıpta uzmanlık dernekleri veya diğer kurumların ortaklaşa çalışmaları ile birlikte, hastayı aydınlatma hakkında temel ilkeler belirlenmelidir. Aksi takdirde gerek yasal düzenlemeler ve gerekse temel ilkelerle ortaya konulmayan aydınlatma içeriği yüzünden, hekimler cezai ve hukuki olarak yaptırımlara maruz kalmaya devam edeceklerdir. Günümüzde, malpraktis yargılamaları adı altında verilen yargı karalarına bakıldığı zaman; bu kararrların çoğunun, aydınlatılmış rıza ile ilgili olduğu görülmektedir. Hekimlerin aydınlatılmış onam konusunda duyarlı olmamalarının altında yatan sebepler; hekimlerin sağlık hizmeti sunarken çok yoğun çalımaları, hekimlerin aydınlatılmış onam konusunda bilgi eksiklikleri, hastaların rızanın önemi konusundaki farkındalıklarının eksiklikleri vb. Hekim uygulayacağı tıbbi müdahale için hastasından aydınlatılmış rıza alsa bile sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bu bağlamda hasta ile hekim arasında kurulan tıbbi müdahale sözleşmesi nedeniyle hekimin sorumluluğun olabilmesi için hekimin kusurlu olması gerekmektedir. Hekimin kusuru gerekli dikkat ve özen göstermesi ve objektif bilimsel veriler ışığında tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi ile ilgilidir. Sağlık hukuk boyutuyla, en çok tartışılan nokta kompliksyon ve tıbbi hata kavramlarıdır. Komplikasyon: tıbbi müdahalenin gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen, kötü sonuçlarının olabileceği bilimsel olarak ortaya konulmuş bir kavramdır. Bu yüzden komplikasyondan dolayı bir hekimin sorumlu tutulabilmesi için dikkat ve özen yükümlülüğüne uymamış olması ve hastanın bu konuda kuvvetli bir şekilde onamının alınmamış olması gerekir.

Hekimlerin tıbbi müdahale uygulama aşamasında; idari, hukuki, mesleki etik ve cezai sorumlulukları olacaktır. Hekimlerin bu sorumluluklar boyutuyla, mesleklerini uygularken dikkat ve özen yükümlülüğüne diğer mesleklerden daha çok dikkat etmesi gerekir. Çünkü hekimlik, yüksek riskli bir meslektir ve bu yüzden hekimlerin uğraş verdiği canlılar insan olması nedeniyle de bu risk daha çok artırmaktadır. İnsan sahip olduğu yaşam hakkı ve vücuda dokunulmazlık hakkı çerçevesinde, kendi vücudunun bir kısmına müdahale edilmesi hakkını, kendi elleriyle hekimlere vermektedir. Bu durum, hekimlere taşıması zor yükümlülükler vermektedir. Bu yüzden, dikkat ve özen yükümlülüğü, bu haklar çerçevesinde çok önemli hale gelmektedir. Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğü çerçevesinde dikkat edilmesi gereken husus komlikasyon ve malpraktis kavramlarıdır. Hekimlerin tıbbi müdahale uygulamalarında, tıbbi müdahalenin olası yan etkileri veya diğer etkilerinin oluşmasına komplikasyon; tıbbi müdahale esnasında oluşabilecek riskli durumların hekimin dikkat ve özeni ile bertaraf etmek mümkün ise bu durum da malpraktis olarak tanımlanır. Amaçları insanlığa hizmet etmek olan hekimlerin malpraktis bağlamında sorumluluklarının azalması için, mutlaka çalışma şartlarının gözden geçirilerek dikkat ve özenlerininmaksimal düzeye çıkarmak gerekecektir. Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğü çerçevesinde, hastaya verdiği zararı giderilmesi ceza hukuku normları ile olabilecektir. Hekimn dikkat ve özen yükümlülüğüne uymaması sonucu ortaya koyduğu eylem ile hastaya verdiği zarar taksir veya görevi ihmal ile değerlendirilebilecektir. Hekimin mesleğini icra ederken eylemi ile ceza hukuku anlamında ortaya koyduğu suçun belirlenmesi aşamasında daha çok birtakım etik ilke veya yönetmeliklerle belirlenmektedir. Bu durum, suçun kanunilik ilkesi ile çok bağdaşmamaktadır. Bu yüzden, hekimin taksir ile işleyebileceği suçların spesifik olarak kanun ile ortaya konulması, ceza hukuk genel prensipleri açısından doğru olacaktır. Suçun kanunilik prensibi, aynı zamanda hekimler için öngörülebilirliği artıracak ve hastalara verilecek zararı da azaltacaktır.

Tıbbi müdahale ile ilgili yapılacak ceza yargılamaları, mutlaka bu konuda ihtisaslaşmış mahkemelerce yapılmalıdır. Çünkü hekimlerin ceza sorumluluğu, ceza hukukunun özel bir alanını ilgilendirmektedir. Bu yüzden, bu konuda ihtisaslaşmış mahkemelerde yapılacak yargılamalar, hem yargılama süresini kısaltacak hem de tıp ve hukuk biliminin beraberce değerlendirilmesine fırsat tanıyacaktır. Tıbbi

müdahale kendine spesifik bir durum olduğu için; tıbbi müdahale nedeniyle yapılacak yargılamalarda, bu duruma özel özel değerlendirmeler yapılması be her durum spesifiğinde tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu ortaya koyulmalıdır. Yukarıda saydığımız tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması sonucunda hekimler ceza yargılaması boyutuyla cezai sorumlulukları gündeme gelecektir. Hekimlerin uyguladığı tıbbi müdahale açısından daha çok taksirle adam yaralama ve öldürme suçu gündeme gelmektedir. Çalışmamızda taksirle adam öldürme ve yaralama suçları ayrıntılı olarak ele alındı. Ancak bu suçlar açısında yargılama esnasında yapılacak değerlendirmeler: tıp hukunun spesifikliğine uygun bir şekilde yapılmalıdr. Ceza hukuku açısından, taksirle adam öldürme ve yaralama suçları tıp hukuku dışında ise yapılacak değerlendirmeler farklı, mevcut durum tıp hukuku çerçevesinde ise bu duruma özel yapılmalıdır. Çalışmamaızda bu suçlar dışında hekimlerin sağlık hizmeti sunarken faili olabilecekleri diğer suç tüpleri de ele alınmıştır. Tıp hukuku bağlamında yapılan ceza yargılamaları ilgili analizimizde, birçok tartışmalı sonuçlar olduğunu görmekteyiz. Bu yargılamalrda daha çok eylemin ceza hukukundaki karşılığı aranmaktadır. Ancak hekim hasta ilişkisi ve bu ilişkinin insan hakları boyutu değerlendirilmesi yapılamaktadır. Bu yüzden hekimlerin cezai sorumlulukları incelenirken hukukun ve tıp bilimin bütün alt bilim dalları ile ortak çalışılıp multidisipliner bir şekilde yargılamalar yapılmalıdır. Bu sorun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında da hayat bulmaktadır. AİHM kararlarında da direkt sağlık hakkı bağlamında kararlar verilmemkte, bu hakkın ilişkide içinde olduğu diğer insan hakları ile ilgili değerlendirmeler yapılmaktadır. Kanaatimizce AİHM kararlarında direkt sağlık hakkı ile ilgili yapılacak değerlendirmeler ulusal hukuk mevzuatlarına ve yargılamalarına olumlu katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

AKİPEK ÖCAL, Şebnem; ÖZENBAŞ BOYDAĞ, Nazmiye; AVCI, Mustafa, **Sağlık Hukuku,** Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2019.

ALBAYRAK, Zeki Murteza, **Türk Ceza Kanunu**, 8. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

ALGAN, Bülent, **Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

ARTUK Mehmet Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner; **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara,2012.

ARTUK Mehmet Emin/ GÖKÇEN Ahmet/ YENİDÜNYA Caner , **Gerekçeli Ceza Kanunları,** 12. Bası, Seçkin Yayıncılık,Ankara, 2012.

ARTUK Mehmet Emin/ GÖKÇEN Ahmet/ YENİDÜNYA Caner; **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, Ankara 2010.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet /YENİDÜNYA, Ahmet Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler,** 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara,2008.

ATALAN, Mustafa, **Dolandırıcılık Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları Şerhi**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

ATALAN, Mustafa, **Dolandırıcılık, Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

AYDIN, Öztürk, **Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk**, İstanbul, Legal Kitapevi, 2014.

AYDOĞDU Murat/ KAHVECİ Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

AZARKAN, Ezeli, **Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

ÇAKMUT, Özlem Yenerer, **Tıpta Aydınlatma ve Rıza**, Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, Cilt 1, İstanbul, 2007.

ÇEÇEN, Anıl, **İnsanHakları**, AstanaYayınları, Ankara, 2020.

ÇEÇEN, Anıl, **İnsan Hakları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

ERBAŞ, Rahime, **Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul,2015.

ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2014.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel hükümler**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara,2019.

ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin, **Ceza Hukuku Özel Bölüm – Kamu İdaresine Karşı Suçlar**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1992.

GENCER, Zafer Adem, **Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Legal Kitapevi, Ankara, 2014.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

GÖKÇEN Ahmet, **Belgede Sahtecilik Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

GÖZE, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

GÖZÜBÜYÜK ,Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi** (3. Cilt), (Genişletilmiş 5. Bası). Kazancı Yayınları, İstanbul.

GÜNGÖR, Devrim, **Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

İPEKYÜZ, Filiz Yavuz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

KABOĞLU, İbrahim Ö.,**Anayasa Hukuku Dersleri**, Legal yayıncılık, İstanbul, 2014.

KABOĞLU, İbrahim Ö.,**Özgürlükler Hukuku 1**, İmge Yayınevi, Ankara, 2013.

KALABALIK, Halil, **İnsan Hakları Hukukuna Giriş**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümle**r, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

MALKOÇ, İsmail, **Yeni Türk Ceza Kanunu**, 2.C.,Yetkin Kitapevi,Ankara,2007.

Montesquieu, **Kanunların Ruhu** (Çev.Fehmi Baldaş), Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul, 1998.

Özbek VÖ, Kanbur MN, Doğan K, Bacaksız P, Tepe İ. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, , Seçkin Yayınları, Ankara ,2015.

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

ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi,6. Baskı, Ankara 2011.

ÖZKAN, Halid, **Tıp Hukukunda Aydınlatılmış Rıza Formları – Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Etkileri**,VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Kitabı, Adalet yayınevi, Ankara, 2012.

ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, ,Ankara,2014.

PARLAR, Ali, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.

PETEK, Hasan, **Sağlık Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir,2013.

REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku**, Beta yayınları, ,İstanbul, 2013.

ŞATIR, Nejdet, **Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Yargıtay ve Danıştay İçtihatları**, Yetkin Yayınları, Ankara,2018.

TACİR, Hamide, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Rıfat Murat; **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 8.Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara,2012.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, (12. baskı), Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

Tezcan/Erdem/Önok, **Ceza Özel Hukuku**, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık,Ankara, 2008,

Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 6.bası, Seçkin Yayıncılık,Ankara2008.

TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım** (9.Baskı), Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

TTB Füsun SAYEK TTB Raporları kitabı, **Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler**, Türk Tabipleri Birliği Yayınlar,2009.

YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler,** Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 2013.

ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Turhan Kitabevi,2013.

Makaleler

AKBULUT, Berrin Bozdoğan, "Rüşvet Suçları", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Milenyum Armağanı, C:8, S:1-2, Konya 2000.

AKBULUT, Serpil, **Hasta Haklarının Anayasal Temeli**, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi Antalya, 2012.

AKÇAKOCA, Mehmet "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt:2, Sayı 1-2,2007.

ALTUN, Gürcan; ALTUN/Betül Uğur ,"Açlık ve Açlık Grevinin Klinik, Etik ve Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi", **Klinik Gelişim Dergisi Adli Tıp Özel Sayısı**, C22, 2009.

ARINCI Atilla; USTA Sevgi, "Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi", **Turk J PlastSurg** 2017; 25(2).

AYDIN, Hüseyin, "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", **Ankara Barosu Dergisi**, S: 2010/1, Y: 68, Ankara, 2010.

BAYINDIR, Sinan, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2018/24, (1).

BAYRAKTAR, Köksal, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972.

BAYTEMİR, Erdal, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** 2010 (88).

BESİRİ, Arzu, "Ötanazi ve Yaşam Hakkı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi Dergisi**, 2009, (86).

BÜYÜKAY, Yusuf "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", **Erzincan Binali Yıldırım Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt VIII Sayı: 1-2 Yıl: 2004.

COŞKUN, A.Vahap, **İnsan Hakları ve Liberalizm**, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,2001.

ÇAVDAR, Pelin, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan.

ÇİÇEK, Niyazi, "Hukuksal Geçerlilik Bakımından Resmi Belgelerin Biçimsel Özellikleri", **Amme İdaresi Dergisi**, C: 40, S: 4, Aralık 2007.

DEĞDAŞ, Ulaş Can, "Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki Ve Cezai Sorumluluk", **Anadolu Üniversitesi Hukuk Dergisi**, cilt:1 sayı:6,2018.

DEMİR, Mehmet, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2008, Cilt : 57, S.3.

DOĞAN, Koray, "Ceza Hukukunda Belge Kavramı", **Ceza Hukuku Dergisi**, S: 14, Y: 5, Aralık 2010.

DÖNMEZ,Burcu, "Tck'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk Ve AİHM'in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı 2, 2007.

DÜLGER, İbrahim "Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene" Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (28 Şubat- 1 Mart 2008**), Türkiye Barolar Birliği Yayınları**, Ankara 2008.

ERDEM, Dilek Özge, "Çocuk Düşürtme Düzenlemesi", **Ankara Ünv. Hukuk Fak. Dergisi**, 65 (4) 2016.

ERDOĞAN, Mustafa,"İnsan Haklarına Kavramsal Bir Yaklaşım", **Liberal Düşünce Topluluğu**, Güz 1998,http://www.liberal.org.tr/sayfa/insan-haklarina-kavramsal-bir-yaklasim-mustafa-erdogan,382.php, Erişim Tarihi:05.06.2021.

EROĞLU, Fulya "Genital Muayene Suçları (TCK m. 287)", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt 2, 2010/1.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, "Resmi Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 204)", **Ankara Barosu Dergisi,** 2009, 67/ 3.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, "Resmi Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 204)", **Ankara Barosu Dergisi** Yıl:2009,67 /3.

GÖZEL, Arif, "Belgede Sahtecilik Suçlarının Konusu Olarak Belge ve Elektronik Belge", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 5, S: 1, Y:2015.

GÜVEN, Gülşah, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90. Maddesi İle Düzenlenen İnsan Üzerinde Deney Suçu ve Rıza", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 90, Sayı: 4, Yıl: 2016.

HAMZAOĞLU, Onur, "Sağlık nedir? Nasıl tanımlanmalıdır?" **Toplum ve Hekim Dergisi** Kasım -Aralık 2010. Cilt 25. Sayı 6.

HIZAL, Sevinç Arslan, "Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü", **Ceza Hukuku Dergisi**, S.1, 2010.

KANBUR ,Mehmet Nihat, "Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu", **Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu- Tıp Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları**, Ankara 2008.

KANBUR, Mehmet Nihat " Genital Muayene Suçu" **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl 6, Sayı 16, Ağustos 2011.

KARAHAN, A. Burak, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, ISSN 2146-0590.

KARAKUL, Selman, "Kişisel ve Siyasal Haklar ile Ekonomik ve Sosyal Haklar Arasındaki Zorunlu İlişki: Gelişen AİHM Pratiği", **Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi**, 5, 13, 2013.

KAYLAN, Keskin, "Kamu Güvenine Karşı Suçlar",**Yeni Türk Ceza Adaleti Sistemi Tanıtım Sitesi**, https://ceza-bb.adalet.gov.tr/index.html

KESKİN KİZİROĞLU, Serap, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme Ve Kısırlaştırma Suçları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c. 19, sayı. 2,.2013,Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan.

KOCA, M. Reis, "İrtikap Suçu", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**,2016;0,16.

KOCA, Mahmut, "Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.III, S.1, 2012.

NUHOĞLU, Ayşe, "Genital Muayene Suçu (TCK M. 287)", **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi,** Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019.

ÖZGENÇ İzzet/ ŞAHİN Cumhur, "Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VI, S.1-2, Haziran-Aralık 2002.

POLAT, Oğuz; PAKİŞ, Işıl, "Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu", **Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, 2;3,2011.

REYHANİ, Sera Yüksel "Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu", Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın'a Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 21, Sayı 2, İstanbul, 2015.

ROSENU, Henning "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza", Çeviren: Ali Kemal Yıldız, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, **Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu:** "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular", C3, S2, 2006.

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

ŞENOCAK, Zarife, "Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Yayınları**, 1998.

TEMİZ, Özgür, "Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı",**Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 2014.

TOROSLU, Haluk, "Bilinçli Taksir Üzerine Bir Değerlendirme", **TBB Dergisi**, 2016 (126).

TÖRENLİ ÇAKIROĞLU, Maral "Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu" **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt: 12, Sayı 2, 2010.

TURAN,Şenol ; AKSOY POYRAZ ,Cana ; İNCE Ezgi ; SAKALLI KANİ Ayşe; EMÜL,Hacı Murat; DURAN Alaattin ; "Cinsiyet Değiştirme Ameliyatı İçin Psikiyatri Kliniğine Başvuran Transseksüel Bireylerin Sosyodemografik ve Klinik Özellikleri" ,**Türk Prikiyatri Derneği Dergisi** 2015;26;3.

TÜRKMEN ÖZTÜRK, Hafize, "Hekim-Hasta İlişkisinde Haklar Ve Sorumluluklar", **Toraks Cerrahisi Bülteni** ,Mart 2014, Vol. 5 Issue 1, p1-13.

UYGUR, Atiye B.,"Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi",**TBB dergisi,** 144. Sayı, 2019.

ÜZÜLMEZ, İlhan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (Tck m. 257)", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. XVI, Y. 2012, Sa:1.

ÜZÜLMEZ, İlhan, "Yeni Ceza Kanunu'nda İrtikap Suçu (M. 250)", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006; 14(2).

YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, "Hekimin Tazminat Sorumluluğu",**Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 33, Yıl: 2015.

YENER ÇAKMUT, Özlem " Türk Ceza Yasası'nda Genital Muayene Suçu", **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi " Sağlık Hukuku Makaleleri,** 10/17 Eylül 2011.

YENERER ÇAKMUT Özlem, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan Özel Sayısı, C.XII, S.1-3, 2006.

YILMAZ,Aslı Ekin, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (Tck Md.280)", **TAÜHFD(Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi),** 2020; 2(2).

YILMAZ,Aslı Ekin, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (Tck Md.280)", **TAÜHFD(Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi),** 2020; 2(2): 235-282.

YOKUŞ SEVÜK, Handan "Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Yeni Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu,** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Özel Sayısı 1, İstanbul 2007.

YOKUŞ SEVÜK, Handan , "Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması" **Tıp Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları", Türkiye Barolar Birliği**, Ankara 2008.

YOKUŞ, SEVÜK, Handan, Görevi Kötüye Kulanma Suçu, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 23, Sayı: 39, Yıl: 2018.

ZAFER, Hamide, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2013, LXXI (1).

İnternet Adresleri

ttps://www.who.int/about/who-we-are/constitution

https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf

https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5

https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-en.pdf#page=7

https://www.ombudsman.gov.tr/document/mevzuat/688B1--Insan-Haklari-Evrensel-Beyannamesi.pdf

https://www.resmigazete.gov.tr

https://www.globalhealthrights.org.

https://www.kararara.com.

https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-8&filename=002-8.pdf&TID=ihgdqbxnfi

https://inhak.adalet.gov.tr.,

https://www.mevzuat.gov.tr

https://www.ttb.org.tr.

https://sbu.saglik.gov.tr.

https://www.saglik.gov.tr.

https://www.tbmm.gov.tr.

https://hukukbook.com.

https://sozluk.gov.tr.

Yargı Kararları

Yargıtay 4. HD., 07.03.1977 T., 1976/6297 E., K.1977/2541.

Danıştay 15 D., 17.04.2018 T., 2013/10860 E., K.2018/3855.

Yargıtay 13. HD., 04.07.2018 T., 2016/25663 E., K.2018/7615.

Yargıtay 4. HD., 07.03.1977 T., ve 1976/6297 E, K.1997/2541.

Yargıtay 13. H.D. 16.01.2014 T. 2013/17487 E., K.2014/794.

Yargıtay 15. HD., E. 2017/2286, K. 2017/3847.

Yargıtay 4.CD., T.11.2.2004, E.2003/1064, K.2004/2055.

Yargtay 13.HD.12.06.2006, E.2006/6704, K.2006/9459.

Yargıtay 13. HD, T. 30.6.2011 T, K.7697/10489.

Yargıtay 13. HD, T. 19.10.2006, 10057/13842.

Yargıtay 12. CD, T.29.01.2014, E. 2013/18184,K. 2014/2055.

Yargıtay 4.Ceza Dairesi E.2003/1064, K.2004/2055.

Yargıtay 12.CD., T.23/09/2014, E. 2013/27794, K. 2014/18501.

Yargıtay 12.CD., T.10/06/2014, E.2013/17615, K. 2014/14203.

Y.12.CD. T.11.03.2014, E.2013/13718, K.2014/6023.

Y.12.CD. T.10.02.2015, E.2015/1531, K.2015/2378.

Yargıtay 6.CD T. 9.11.1981 E. 1981/6282 K. 1981/7084.

Yargıtay 15.CD. T. 6.6.2016 E. 2014/2517 K: 2016/5863.

Yargıtay 11.CD. T.22.2.2007, E.8681, K.1073.

Yargıtay 21.CD T. 28.12.2016 E. 2015/8409 K. 2016/8043.

YCGK T: 5.11.1990, E. 1990/6-246 K. 1990/263.

Yargıtay 11.CD. 25.02.2009, 2008/17340 - 2009/1385.

YCGK T: 14.10.2013 E: 2003/6-232 K: 2003/250.

Yargıtay CGK. 8.12.1986, 6-328/573.

Yargıtay 6.CD T: 16.02.2004 E: 2002/22286 K: 2004/1285.

YCGK T: 29.9.2015 E: 2015/412 K: 2015/286.

Yargıtay CGK. 1.5.2007, 11- 59/105.

Yargıtay 21.CD T: 14.1.2016 E: 2015/5769 K: 2016/267.

Yargıtay 11.CD T: 5.11.2014 E: 2013/1726 K: 2014/18425.

Yargıtay 11.CD. 4.12.2006, 2005/5417-2006/9811.

YCGK T: 8.6.2004 E: 2004/6-94 K: 2004/132.

Yargıtay 11.CD. 15.5.2007, 6384/3382.

Yargıtay 11.CD. 4.07.2007, 2005/8032-2007/4647.

Yargıtay Y. 5. CD. T. 12.03.2012, E. 2008/3634, K. 2012/1861.

YCGK. 16.10.2001, 6-192/217.

Yargıtay 5. CD. 26.05.1993, 1975/2319.

Y. 4. CD. T. 13.07.2005, E. 2003/16783, K. 2005/8956.

Y.5.CD. 30.09.1998, 2335/3445.

YCGK. 06.11.1989, 5–265/355.

Yargıtay 5. CD.,2008/3634K. 2012/1861 T. 12.3.2012.

YCGK. 17.12.1996, 5–269/286.

Yargıtay 5. CD., T. 08.10.2012 , E.2010/2456 ve K.2012/9979.

Yargıtay 5.CD.; T.19.01.2004, E.2003/5268 ,K.2004/37

Yargıtay CGK, T. 18. 4. 1994, 5-55/103, 2.

Yargıtay 5. CD, T.7. 12. 2000, 2000/3140–6923.

Yargıtay 5. CD, T. 21. 1. 2002, 2602/87.

Yargıtay 5. CD, T. 22. 12. 2005, 17305–23175.

Yargıtay. 5. CD. T. 06.05.2004, E. 2003/6762, K. 2004/3795.

Yargıtay 5. CD, 7. 4. 2003, 2002/7795–2003/2473.

Yargıtay 15.CD, 14.3.2017, E. 2017/14316, K. 2017/7499.

Yargıtay 21.CD, 24.02.2016, E. 2015/6131, K. 2016/1633.

Yargıtay 21.CD, 19.11.2015, E. 2015/3927, K. 2015/5339.

Yargıtay 5.CD, 23.06.2018, E. 2014/6749, K. 2016/6698.

YCGK, E. 2007/5-83, K. 2007/244, T. 20.11.2007.

YCGK, T. 26.6.2012 E. 2012/4-265, K. 2012/246.

Yargıtay 11.CD, T.26.4.2017, E. 2015/19, K. 2017/3158.

Yargıtay 12.CD; T.16.01.2017, E. 2015/15778, K. 2017/295.

Yargıtay 12.CD, T.14.2.2018, E. 2016/5581, K. 2018/1517.

YCGK, E. 2005/4-163, K. 2006/14, T. 7.2.2006.

YCGK, E. 2008/4-267, K. 2009/59, T. 17.3.2009.

YCGK, T.21.10.2014, E. 2012/4-1283, K. 2014/430.

YCGK, T.11.03.2008, E. 2007/4. MD-197, K. 2008/46.

Yargıtay 11.CD, T.26.12.2016, E. 2016/12325, K. 2016/8795.

Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2010/29, K. 2010/21.