



İHMALİ SUÇLAR BAĞLAMINDA HEKİMİN CEZAI SORUMLULUĞU



HASAN TAHSİN KEÇELİGİL

ŞUBAT-2023

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KAMU HUKUKU DOKTORA TEZİ

İHMALİ SUÇLAR BAĞLAMINDA HEKİMİN CEZAI SORUMLULUĞU

HASAN TAHSİN KEÇELİGİL

ŞUBAT-2023

ÖZET

İHMALİ SUÇLAR BAĞLAMINDA HEKİMİN CEZAI SORUMLULUĞU

KEÇELİGİL, Hasan Tahsin

Kamu Hukuku Doktora Tezi

Danışman: Prof. Dr. Doğan Soyaslan

Şubat 2023, 511 sayfa

Bu tez, esas itibariyle, ihmali suçlar bağlamında tabiilerin ceza sorumluluğuna ilişkindir.

Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir ve suçta ve cezada kanunilik ilkesine anayasal ve daha geniş biçimde de yasal bir ilke olarak yer verir. Türk ceza hukuku öğretisinde, suçların esas itibariyle icrai olarak işlenebileceği, bazı suçların ise ihmali olarak işlenebileceği eskiden beri ifade edilmektedir. İhmali suçlar da kendi arasında gerçek (saf) ihmali suçlar ve görünüşte (garantörsel) ihmali suçlar olarak ikiye ayrılır.

Gerçek ihmali suçlar, Türk ceza hukuku bakımından 5237 sayılı TCK'nın özel hükümler kısmında düzenlenmiştir. Buna karşılık görünüşte ihmali suçlara daha önceki kanunda yer verilmezken yeni TCK'da bunların özel hükümler içerisinde düzenlendiğini görürüz. Görünüşte ihmali suçların kendine özgü bazı yönleri vardır. İhmali davranışın kuramsal olarak açıklanması, teminat yükümlülüğü (garantörlük) kavramının ne olduğunun açıklanması, kaynaklarının ne olduğunun izahı ve ihmali davranışın icrai davranışa denk olması meselesi bunlar arasındadır.

Tabiplik ve tababet, tarihin çok eski zamanlarından beri bilinen bir meslek ve uygulama alanıdır. İlerleyen süreç zarfında paternalist tabiplik anlayışı yerini daha eşitlikçi bir ilişkiye bırakmıştır. Kişi özerkliği ve bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı kavramlarının yasalarda daha güçlü biçimde vurgulanması bu değişimde rol oynayan mühim faktörlerden biridir.

Tıbbi müdahalenin kötü uygulanmasından kaynaklanan zararlı neticeler bakımından sorumluluğun varlığı eski zamanlardan beri söz konusudur. Tabiplerin suç teşkil eden eylemleri gerek Türk Ceza Kanunu gerekse cezai hükümler içeren diğer kanunlar vasıtasıyla tecziye edilebilir. Hukuk kuralları, umumiyetle, kişilere “belirli şekilde davranmama” yükümlülüğü getirir. Bu doğrultuda, “Bir kişiyi öldürmek veya yaralamak”, “rızası olmaksızın başka birinin malını almak”, “eziyet etmek”, “çocuğa cinsel istismarda bulunmak” gibi davranışları yasaklar. Böylesi davranış kurallarına; “yasaklayıcı davranış kuralları” adı verilir. Yasaklayıcı davranış kurallarının ihlal edilmesi durumunda “icrai suçlar” ortaya çıkar. Modern toplumlarda kişilere “belirli şekilde davranma yükümlülüğü” getiren davranış kuralları da vardır ki bunlar “emredici davranış kuralları” olarak adlandırılır. Kişilere “belirli şekilde davranış yükümlülüğü” getiren emredici normların oluşturduğu fiillere ceza hukuku kuramında “ihmali suçlar” denilmektedir.

Tez çalışmamızın sınırlarını esas itibariyle tabiplik mesleği dahilinde işlenebilecek belli başlı gerçek ve ihmali suçlar oluşturmaktadır. İlk ihmali suçlar kuramsal yönleriyle geniş biçimde ele alınmış, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu koşulları, ülkemizde tababet alanını düzenleyen başlıca mevzuat, savunmacı tıp uygulamaları üzerinde geniş olarak durulmuştur. Tabibin işleyebileceği gerçek ve ihmali suçlar ayrı ayrı başlıklar halinde incelenmiştir. Ötanazi ve bilhassa pasif ötanazi uygulamasının ceza hukuku bakımından yeri, önemi ele alınmış, ihmali suçlar bakımından konu ayrıntılı şekilde değerlendirilmiştir

Anahtar Kelimeler: Tabip, Ceza hukuku, Sorumluluk, İhmali suç, Savunmacı tıp, Ötanazi

ABSTRACT

CRIMINAL LIABILITY OF THE PHYSICIAN IN CONTEXT OF CRIMES OF NEGLIGENCE

KEÇELİGİL, Hasan Tahsin
PH. D. in Public Law

Supervisor: Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

February 2023, 511 pages

This thesis is mainly about the criminal liability of doctors in the context of negligent crimes.

The Republic of Turkey is a state of law and includes the principle of legality in crime and punishment as a constitutional and broader legal principle. In Turkish criminal law doctrine, it has been stated for a long time that crimes can be committed mainly as execution, and some crimes can be committed as negligence. Negligence crimes are also divided into two as actual (pure) negligence crimes and apparent (guarantorial) negligence crimes.

Actual negligent offenses are regulated in the special provisions of the Turkish Penal Code No. 5237. On the other hand, while apparently negligent crimes were not included in the previous law, we see that they are regulated within special provisions in the new TPC. Ostensibly negligent crimes have some peculiarities. These include the theoretical explanation of negligent behavior, the explanation of what the concept of collateral liability (guarantorship) is, the explanation of what its sources are, and the equivalence of negligent behavior with executive behavior.

Medicine and medicine are professions and fields of practice known since ancient times. In the course of time, the paternalist understanding of medicine left its place to a more egalitarian relationship. One of the important factors playing a role in

this change is that the concepts of personal autonomy and the right of the individual to determine their own future are emphasized more strongly in the laws.

The existence of responsibility for the harmful consequences arising from the malpractice of medical intervention has been in question since ancient times. Criminal actions of doctors can be punished both by the Turkish Penal Code and other laws containing penal provisions. Legal rules generally impose an obligation on individuals not to "behave in a certain way". Accordingly, it prohibits behavior such as "killing or injuring a person", "taking someone else's property without their consent", "torturing", "sexually abusing a child". such rules of conduct; They are called "prohibitive codes of conduct". "Enforcement crimes" occur in case of violation of prohibitive codes of conduct. In modern societies, there are also codes of conduct that impose an "obligation to behave in a certain way", which are called "commanding codes of behavior". Actions formed by imperative norms that impose "obligation to behave in a certain way" are called "crimes of negligence" in criminal law theory.

The boundaries of my thesis work mainly consist of certain real and negligent crimes that can be committed within the medical profession. First of all, crimes of negligence have been extensively discussed with their theoretical aspects, the conditions of legality of medical intervention, the main legislation regulating the field of medicine in our country, and defensive medicine practices have been extensively emphasized. Actual and negligent crimes that the physician may commit are examined under separate headings. The place and importance of euthanasia and especially passive euthanasia in terms of criminal law has been discussed and the subject has been evaluated in detail in terms of negligent crimes.

Keywords: Doctor, Criminal law, Liability, Negligent crime, Defensive medicine, Euthanasia

TEŞEKKÜR

Bu çalışma sırasında; değerli vaktini esirgmeden sorularımı hiçbir zaman cevapsız bırakmayan, danıştığım tüm sorunları güler yüzüyle çözen, hukuk alanında gelecekteki mesleki çalışmalarım için örnek aldığım, baştan sona doktora sürecinde yardım ve katkılarıyla beni bilgilendiren ve yönlendiren tez danışmanı hocam sayın Prof. Dr. Doğan SOYASLAN'a (*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*) içtenlikle teşekkür ederim. Doktora süreci boyunca önemli yardım ve desteğini gördüğüm hocam sayın Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ'e (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*) engin bilgi ve tecrübesinden yararlanma imkânı verdiği için ötürü samimi teşekkürlerimi sunarım. Tez Savunma Sınavı Jüri Üyesi olarak yer alan ve kıymetli fikir ve önerileriyle tezimin daha iyi hale getirilmesine yardımcı olan hocalarım sayın Prof. Dr. Erdal YERDELEN (*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi*), sayın Doç. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU (*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*) ve Dr. Öğretim Üyesi Burcu ERTEM'e (*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*) daima derin minnet borçlu olacağım. Tez çalışmalarımın ilk döneminde yardımını gördüğüm hocam sayın Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU'na (*Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi*) hassaten teşekkür ederim. Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü sayın Prof. Dr. Mehmet YAZICI'nın, Enstitü Sekreteri sayın Serçin YAVAŞ'ın, tez uzmanı sayın Derya ANTAŞ'ın ve Rektörlük üst yönetici sekreteri İshak YAREN'in değerli katkılarını unutmayacağım. Hukuk alanında lisans, yüksek lisans ve doktora yaptığım uzun süreç zarfında maddi ve manevi anlamda daima bana destek sağlayan, zor günlerde ümit veren ve çetin zamanlarda her türlü fedakarlığı gösteren pek kıymetli eşim Hülya KEÇELİGİL'e gönülden kucak dolusu sevgi ve teşekkürlerimi sunuyorum. Tabii ki bu zor süreçte manevi desteğini her zaman hissettiğim çok sevgili biricik oğluma ve de ailemizin şirin ve candan bir üyesi olan Moony'ye sonsuz müteşekkirim.

İÇİNDEKİLER

TEZDE İNTİHAL OLMADIĞINA DAİR BEYAN	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
TEŞEKKÜR.....	viii
İÇİNDEKİLER	ix
TABLolar LİSTESİ.....	xvii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xviii
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM I	
GENEL OLARAK İHMALİ SUÇLAR.....	11
1.1 İHMALİ SUÇLARIN TEORİSİ	11
1.1.1 Genel Mülahaza	11
1.1.2 Terimce	17
1.2 İHMALİ SUÇLAR.....	18
1.2.1 Genel Mülahaza	18
1.2.2 Tarihçe.....	22
1.2.2.1 Eski Çağlarda İhmali Suçlar.....	22
1.2.2.2 Eski Yunan ve Roma’da İhmali Suçlar	23
1.2.2.3 İslam Hukukunda İhmali Suçlar.....	23
1.2.3 Gerçek (Saf) İhmali Suçlar.....	26
1.2.3.1 Genel Mülahaza	26
1.2.4 Görünüşte İhmali Suçlar	29
1.2.4.1 Genel Mülahaza	29
1.2.4.2 Tanımlar	30
1.2.5 Hareket Kuramları Açısından İhmal	30
1.2.5.1 Ontolojik Kuramlar	34

1.2.5.1.1 Doğal Hareket Kuramı	34
1.2.5.1.2 Amaçsal (Gaî-Finalist) Hareket Kuramı	38
1.2.5.1.3 Sosyal (Toplumsal) Hareket Kuramı	42
1.2.5.1.4 Olumsuz (Negatif) Hareket Kuramı.....	44
1.2.5.2 Normativist Hareket Kuramı	44
1.2.5.3 Ara Değerlendirme.....	45
1.2.6 İhmali Davranışın İcrai Davranışa Denkliği	48
1.2.6.1 Denklik ve Eşdeğerlik	48
1.2.6.2 Nedensellik Bağı	50
1.2.6.3 Ara Değerlendirme.....	54
1.2.7 Gerçek ve Görünüşte İhmali Suçların Tasnifi.....	55
1.2.8 Türk Ceza Hukukunda Ayırım Gereksinimi ve Ölçütler	57
1.2.8.1 Maddi Ölçüt	58
1.2.8.2 Şekli Ölçüt.....	61
1.2.8.3 Emir Normu ve Yasak Normu Ayırımından Hareket Eden Ölçüt	62
1.2.8.4 İcraya Denk Olma Ölçütü	62
1.2.8.5 Yükümlülüğün Varlığına Göre Ölçüt	63
1.2.8.6 Hukuki Yükümlülüğün Özelliğinden Hareket Eden Ölçüt	64
1.3 TÜRK HUKUKUNDA GÖRÜNÜŞTE İHMALİ SUÇ KAVRAMININ GELİŞİMİ	65
1.3.1 Genel Mülhaza	65
1.3.2. Türk Hukukunda Gerçek ve Görünüşte İhmali Suç Ayırımı	66
1.3.3 765 Sayılı TCK Döneminde Görünüşte İhmali Suçlara Bakış.....	67
1.3.4 5237 Sayılı TCK'da Yükümlülük Temelli İhmali Suçlar	71
1.3.4.1 Görünüşte İhmali Suçların Sınırlı Sayıda Olduğu Görüşü.....	71
1.3.4.2 Görünüşte İhmali Suçların Sınırlı Sayıda Olmadığı Görüşü.....	72
1.3.4.3 Karşılaştırmalı Hukukta Durum.....	73
1.3.4.4 Ara Değerlendirme.....	77
1.4 HUKUKİ ANLAMDA YÜKÜMLÜLÜK VE YÜKÜMLÜLÜĞÜN DAYANAKLARI BAĞLAMINDA TCK MADDE 83'E BAKIŞ.....	79
1.4.1 Hukuki Anlamda Yükümlülük Kavramı	79
1.4.2 Umumi Olarak Yükümlülüğün Kaynakları.....	85
1.4.2.1 Şekli Hukuki Yükümlülük Kuramı	87

1.4.2.1.1 Kanun ve Sözleşmeden Doğan Yükümlülük	88
1.4.2.1.2 Öngelen Tehlikeli Davranıştan Doğan Yükümlülük.....	92
1.4.2.1.3 Yakın-Sıkı Yaşam ve Tehlike Alanı Kavramından Doğan Yükümlülük.....	96
1.4.2.1.4 Eleştiriler	96
1.4.2.2 Maddi Hukuki Yükümlülük Kuramı (Koruma ve Gözetim Yükümlülüğü Kavramları)	98
1.4.2.3 Tehlike Kaynakları Üzerindeki Egemenlikten ve Üçüncü Kişilerin Hareketlerinden Ötürü Sorumluluk Kuramı	100
1.5 TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ YÜKÜMLÜLÜK KAYNAKLARI	101
1.5.1 Genel Mülhaza	101
1.5.2 Kanuni Düzenlemeden Doğan Yükümlülük	106
1.5.2.1 Genel Mülhaza	106
1.5.2.2 Esasları	107
1.5.2.3 Kanuni Düzenleme Kavramı ve Kanuni Düzenlemeden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler	107
1.5.2.3.1 Tabii Bağlılık, Aile ve Yakın Yaşam İlişkisi	108
1.5.2.3.2 Devlet-Yurттаş İlişkisinden Doğan Yükümlülükler	110
1.5.2.3.2.1 AİHM Kararlarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü	111
1.5.2.3.2.2 Kolluk Kuvvetlerinin ve Özel Güvenlik Güçlerinin Yükümlülüğü.....	117
1.5.2.3.2.3 Ceza İnfaz Kurumlarında Yükümlülük	119
1.5.2.3.2.4 Sağlık Mesleklerinde Yükümlülük	120
1.5.2.3.2.5 Diğerleri	122
1.5.2.4 Ara Değerlendirme	123
1.5.3 Sözleşmeden Doğan Yükümlülük.....	124
1.5.3.1 Genel Mülhaza ve Esaslar	124
1.5.3.2 Sözleşme Hürriyeti, Yükümlülük Doğuran Sözleşme Kavramı ve Sözleşmeden Doğan Yükümlülükler	125
1.5.4 Öngelen Tehlikeli Davranıştan Doğan Yükümlülük	126
1.5.4.1 Genel Mülhaza ve Esaslar	126
1.5.4.2 Sınırları.....	128
1.5.4.3 Ara Değerlendirme.....	128

BÖLÜM II

TIBBİ MÜDAHALE VE HEKİMİN TEMİNAT YÜKÜMLÜSÜ OLARAK

SORUMLULUĞU..... 131

2.1 TANIMLAR VE KAVRAMLAR..... 131

2.1.1 Sağlık ve Hastalık 131

2.1.2 Tıbbi Müdahale 134

2.1.3 Komplikasyon (Karmaşım)..... 136

2.1.4 Tıbbi Malpraktis (Tıbbi Uygulama Hatası)..... 140

2.1.5 Savunmacı Tıp 143

2.2 TIP HUKUKUNA İLİŞKİN BAŞLICA ULUSAL KAYNAKLAR 145

2.2.1 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 148

2.2.2 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 149

2.2.3 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 150

2.2.4 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 151

2.2.5 10436 Numaralı Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 152

2.2.6 23420 Sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği 153

2.2.7 Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları..... 154

2.3 TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI..... 155

2.3.1 Hekim Olmak 155

2.3.2 Hastanın Bilgilendirilmiş (Aydınlatılmış) Rızası..... 156

2.3.3 Tıbbi Endikasyon (Tıbbi Gereklilik)..... 161

2.3.4 Güncel Tıbbi Kurallara Uygun Müdahale..... 165

2.4 SAVUNMACI TIP UYGULAMALARI (STU) 166

2.4.1 Savunmacı Tıp Uygulamalarının Sosyal ve Psikolojik Nedenleri..... 168

2.4.1.1 Şikâyet Edilme, Dava Edilme ve Yargılanma Korkusu..... 171

2.4.1.2 Yaşanmış Malpraktis Deneyimi 173

2.4.1.3 Tazminat (Giderim) Ödeme Korkusu 173

2.4.1.4 Şiddete Maruz Kalma Korkusu 174

2.4.1.4.1 Hekim ile İlgili Olanlar 176

2.4.1.4.2 Hastayla İlgili Olanlar 176

2.4.1.4.3 Yargı Sistemiyle İlgili Olanlar 176

2.4.1.5 Bireysel Suçlama Kültürünün Yükselişi 177

2.4.1.6 Yargıya ve Tıp Eğitimine İlişkin Sorunlar..... 177

2.4.1.7 Medyanın Rolü.....	178
2.4.2 Savunmacı Tıp Uygulamalarının Yaygınlığı	179
2.4.3 Savunmacı Tıp Uygulamalarının Sınıflandırılması	180
2.4.3.1 Pozitif Savunmacı Tıp Uygulamaları (PSTU)	181
2.4.3.2 Negatif Savunmacı Tıp Uygulamaları (NSTU)	183
2.4.4 Savunmacı Tıp Uygulamalarının Sonuçları	184
2.4.5 Savunmacı Tıp Uygulamalarının Saptanması	187
2.4.6 Savunmacı Tıp Uygulamaları ile Sağlıkta Şiddet İlişkisi	188
2.4.7 Savunmacı Tıp Uygulamalarının Hekim-Hasta İlişkisi Üzerine Olan Etkileri	189
2.4.8 Savunmacı Tıp ile İlgili Genel Sorumluluk Kavramı	190
2.4.9 Tıpta Standart Uygulamalar ve Savunmacı Tıbbın Belirleyicileri.....	190
2.4.10 Savunmacı Tıp Uygulamalarının Ceza Hukuku Alanında Sonuçları	192
2.4.10.1 Pozitif Savunmacı Tıp Uygulamalarından Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu	193
2.4.10.1.1 İlaçların Tıbben Gereksiz Kullanımı.....	194
2.4.10.1.2 Tetkik Yöntemlerinin Tıbben Gereksiz Kullanımı	196
2.4.10.2 Negatif Savunmacı Tıp Uygulamalarından Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu	198
2.4.10.3 Görevi Kötüye Kullanma Suçu Çerçevesinde Savunmacı Tıp uygulamaları	201
2.4.10.4 Tıbbi Uyuşmazlıklarda Yargı Dışı ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri	202

BÖLÜM III

HEKİMİN TEMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ BAĞLAMINDA İHMALİ

SUÇLAR.....	204
3.1. GENEL MÜLAHAZA	204
3.2 HEKİMLİK UYGULAMASINDA GERÇEK İHMALİ SUÇLAR.....	205
3.2.1 Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi (TCK m.98)	205
3.2.1.1 TCK m. 98 Hakkında Genel Mülhaza ve Tarihsel Değerlendirme ..	205
3.2.1.2 Suçla Korunan Hukuksal Yarar	209
3.2.1.3 Suçun Maddi Unsuru (Tipikliğin Objektif Unsuru).....	209

3.2.1.3.1 Suçun Faili	215
3.2.1.3.2 Suçun Mağduru	220
3.2.1.3.3 Nitelikli Durumlar	222
3.2.1.4 Suçun Manevi Unsuru (Tipikliğin Sübjektif Unsuru).....	222
3.2.1.5 Hukuka Aykırılık Unsuru (Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerin Varlığı)	224
3.2.2 Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)	225
3.2.2.1 TCK m.257 Hakkında Genel Mülahaza.....	225
3.2.2.2 Suçla Korunan Hukuksal Yarar	228
3.2.2.3 Suçun Maddi Unsuru (Tipikliğin Objektif Unsuru).....	229
3.2.2.3.1 Fail ve Mağdur	230
3.2.2.3.2 Hareket, Netice, Nedensellik Bağı	238
3.2.2.3.2.1 Fıkra.1- Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerine Aykırı Hareket Etme Suçu.....	239
3.2.2.3.2.2 Kamu Görevlisinin Görevini Yapmakta İhmal veya Gecikme Göstermesi Suçu.....	240
3.2.2.4 Suçun Manevi Unsuru (Tipikliğin Sübjektif Unsuru).....	249
3.2.3 Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi (TCK m.280).....	256
3.2.3.1 TCK m.278 ve TCK m.279 Yanında TCK m.280 Hakkında Genel Mülahaza	257
3.2.3.2 Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi Suçu	259
3.2.3.3 Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu.....	261
3.2.3.3.1 Suçla Korunan Hukuksal Yarar	261
3.2.3.3.2 Suçun Maddi Unsuru (Tipikliğin Objektif Unsuru).....	268
3.2.3.3.2.1 Fail ve Mağdur	280
3.2.3.3.2.2. Hareket, Netice, Nedensellik Bağı	285
3.2.3.3.3 Suçun Manevi Unsuru (Tipikliğin Sübjektif Unsuru).....	289
3.3 HEKİMLİK UYGULAMASINDA GÖRÜNÜŞTE İHMALİ SUÇLAR SORUNSALI.....	293
3.3.1 Hekimlik Uygulamasında TCK m.83 ve Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi Suçunun Benzer Suçlardan Farkı	293
3.3.1.1 TCK'nın 83. Maddesi Hakkında Umumi Mülahaza	296
3.3.1.2 Taksirle Öldürme Suçu (TCK m. 85) İle Farkı	299

3.3.1.2.1 Taksir Kavramı ve Taksirin Unsurları	299
3.3.1.2.2 Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün Kaynakları.....	316
3.3.1.2.3 Taksir ile Kast Arasındaki Farklılık, Kastın Belirlenmesi ve İspatı.	320
3.3.1.3 İhmal Davranışla Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257/2) ile Farkı.....	332
3.3.2 Acil Servislerde Triyaj Uygulamaları Dahilinde İhmal Suçu	334
3.3.2.1 Genel Mülhaza	334
3.3.2.2 Triyaj ve Hasta Seçiminde Yaşanan Sorunlar.....	335
3.3.2.3 Triyaj ve Hekimin Ceza Sorumluluğu	338
3.3.3 Pasif Ötanazi Çerçevesinde Kasten Öldürmenin İhmal Davranışla İşlenmesi Suçu.....	344
3.3.3.1 Genel Mülhaza ve Tarihçe	344
3.3.3.2 Etik ve Ceza Hukuku Bakımından Ötanazi	353
3.3.3.3 Beyhude Tıbbi Müdahale Kavramı ve Ötanazi.....	359
3.3.3.4 Türk Ceza Hukuku Bakımından Ötanaziye Bakış	367
3.3.3.5 Hekimin İhmal Davranışla Öldürme Suçu Bağlamında Pasif Ötanazi	374
3.3.3.6 Ara Değerlendirme	394
3.3.4 Terk (TCK m.97)	398
3.3.4.1 TCK m.97 Hakkında Genel Mülhaza.....	398
3.3.4.2 Suçla Korunan Hukuksal Yarar	402
3.3.4.3 Suçun Maddi unsuru (Tipikliğin Objektif unsuru).....	403
3.3.4.3.1 Suçun faili	403
3.3.4.3.2 Suçun mağduru	404
3.3.4.3.3 Hareket, Netice, İliyet Bağı	407
3.3.4.4 Suçun Manevi unsuru (Tipikliğin Sübjektif unsuru).....	411
3.3.4.5 Ara Değerlendirme	414
3.3.5 Negatif Savunmacı (Defansif) Tıp Uygulamaları Dahilinde İhmal Suçlar	416
3.3.5.1 Genel Mülhaza	416
3.3.5.2 Negatif Savunmacı Tıp Uygulamaları Bağlamında Hekimlerin Tutumu.....	417

3.3.5.3. Negatif Savunmacı Tıp Uygulamalarından Doğan Cezai

Sorumluluk..... 423

BÖLÜM IV

SON DEĞERLENDİRME VE SONUÇ..... 431

KAYNAKÇA..... 452

ÖZGEÇMİŞ..... 492



TABLÖLAR LİSTESİ

Tablo 1: Tıbbi Uygulama Hatası (Malpraktis) ve Komplikasyon (Karmaşım) Ayrımı Tablosu	139
--	-----



KISALTMALAR LİSTESİ

Age	Adı geçen eser (makale, tez)
AYM	Anayasa Mahkemesi
CK	Ceza Kanunu
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	Ceza Muhakemesi Usul Kanunu
Çev.	Çeviren
DOI	Digital Object Identifier (Dijital NesneTanımlayıcı)
Ed./Eds.	Editör / Editörler
ET	Erişim Tarihi
m.	Madde
NSTU	Negatif Savunmacı Tıp Uygulamaları
PSTU	Pozitif Savunmacı Tıp Uygulamaları
s./ ss.	Sayfa / sayfalar
S.	Sayı
STU	Savunmacı Tıp Uygulamaları
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
vb.	Ve benzeri
vd.	Ve diğerleri
WMO	Dünya Hekimler Birliği

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası “Başlangıç” kısmında şu ifadelere yer vermektedir: “Türk Vatanı ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu Anayasa, Türkiye Cumhuriyeti’nin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk’ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve onun inkılap ve ilkeleri doğrultusunda; ... Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;... fikir, inanç ve kararıyla anlaşılacak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere Türk Milleti tarafından, demokrasiye aşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunur.”

Anayasanın 2. maddesi ise “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” hükmünü getirmiştir.

Yine suç ve cezalara ilişkin esasların düzenlendiği 38. madde “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz. Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Ceza sorumluluğu şahsidir. Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz. Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez. İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla

istisnalar getirilebilir. Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.” şeklindedir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin bir hukuk devleti olarak yurttaşlarına sağladığı en önemli güvence “hukuki güvenlik” olmalıdır. Açık ifadesiyle, yurttaşlar önceden davranışlarını belirleyebilmeli ve geleceği güven içinde görebilmelidir. Ertesi günün dahi hukuken neler getireceğinin bilinmediği bir ülkede hukuki güvenlikten ve dolayısıyla hukuk devletinden söz edilemez. Her yurttaş, “temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereği olarak” yararlanmalıdır. “Suçta ve cezada kanunilik” ilkesi olarak ifade edilen kavram 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 3. maddesinde geniş biçimde ve birçok yönü ile ele alınmıştır. Aynı maddede yer alan “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” ifadesiyle, kanunilik ilkesine ceza ile ilgili kanunlarda uyulması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

“Suçta ve cezada kanunilik” ilkesinin ceza hukukundaki yansıması 5237 sayılı TCK’nın 2. maddesinde “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” şeklinde kendini göstermiştir. Aynı kanunun 4. maddesine göre, “Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.”

Türk ceza hukuku öğretisinde, suçların esas itibarıyla icrai olarak işlenebileceği, bazı suçların ise ihmali olarak işlenebileceği eskiden beri kabul edilmektedir. İhmali suçların da kendi arasında gerçek (saf) ihmali suçlar ve görünüşte (garantörsel) ihmali suçlar olarak ikiye ayrıldığını söyleyebiliriz. İcrai suçların gerek anlatımı ve açıklaması gerekse yurttaşlar tarafından anlaşılması göreceli olarak kolaydır. İhmali suçlar ise öteden beri üzerinde daha az durulan bir sahayı oluşturur. Bu itibarla böylesi suçların açıklanması ve bireyler tarafından anlaşılması nispeten güçtür. Gerek ihmali davranışın ne olduğu gerekse icrai bir davranış olmaksızın ihmalin neden cezalandırıldığı hususunun üzerinde çok

durulması gerekir. Öğretide, ceza kanununda ihmali suçların sayıca az olması sebebiyle üzerinde yeterince durulmamış olduğu da söylenebilir.

Kriminolojik açıdan bakıldığında, suçun; toplumsal düzene karşı yıkıcı, bozucu eylemde bulunmak şeklinde bir anti-sosyal davranış olarak görüldüğü anlaşılır. Başka bir ifadeyle, tipik icrai davranışta bulunan kişi toplumsal düzene karşı harekette bulunduğu için bu eylemi sebebiyle suç işlediği kabul edilir ve anti-sosyal davranış içinde olduğu için bir ceza ile tecziye edilir. İhmal konusu ise bu basit anlatımdan oldukça farklıdır. İhmali bir durum sergileyen, başka bir deyişle durağan kalan, daha açıkça söylemek gerekirse hiçbir şey yapmayan kişinin suç işlediğinin öne sürülmesi ve buna istinaden cezalandırılmasının temelini nasıl kurgulanacağı bambaşka bir mesele olarak karşımıza çıkar. Yenidoğan bebeğine gıda vermeyen ebeveynin, denizde boğulmakta olan çocuğunu kurtarmak için harekete geçmeyen yüzücü ebeveynin, ölümcül bir patolojiye duçar olduğunu bilmesine rağmen hastasına tıbbi müdahalede bulunmayan hekimin, soğuktan donacağını bildiği halde tekerlekli sandalyeye mahkûm ebeveynini ormanda aç-susuz bırakan kişinin durumundaki örneklerde olduğu gibi bahsi geçen kişilerin gösterdikleri ihmali davranış karşımızdadır. Hareketsiz kalmak suretiyle olumsuz-zararlı neticeye sebep oldukları açıktır ancak icrai bir davranışta bulunmadıkları da ortadadır. Bu durumda, ihmali hareketin sorumluluğa yol açması için farklı bir düzenlemeye gereksinim olduğunu görürüz.

Modern suç teorileri; kasten gerçekleştirilen icrai fiiller üzerine inşa edilmekte, taksirli ve ihmali fiiller ise gösterdikleri özellik bakımından daha sonra ele alınmaktadır. Tarihsel süreçte ihmali davranışla işlenen suçlar icrai davranışla gerçekleştirilenlere nazaran arka planda kaldığı görülmektedir. Bu durumun temel nedeni; üretim tekniklerinin, sosyal ve ekonomik hayatın daha basit yapıda olmasıdır. Sosyal ve ekonomik hayatın günümüze göre oldukça basit kaldığı dönemlerde, ihmali davranıştan doğan hukuki sorumluluk üzerinde fazla durulmamış olması makul karşılanabilir. Ancak günümüzde teknolojinin, iletişim ve ulaşım imkânlarının gelişmesi yeni tehditlerin ortaya çıkmasına, var olan tehditlerin şekil değiştirmesine ya da daha etkili hale gelmesine neden olmuştur.¹ Özellikle teknolojinin sosyal ve ekonomik hayatın ayrılmaz bir parçası haline gelmesi ve

¹ AKSU Muharrem ve TURHAN Faruk (2012), “Yeni Tehditler, Güvenliğin Genişleme Boyutları ve İnsani Güvenlik”, *Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, s. 69.

dolayısıyla sosyoekonomik hayatın oldukça karmaşık bir hal alması, ihmali davranışla gerçekleştirilen fiillerden doğan sorumluluk alanını da oldukça genişletmiştir. Büyüyen ve karmaşıklaşan organizasyon yapıları nedeniyle ihmali sorumluluk hem özel hukukta hem de ceza hukukunda ön plana çıkmakta ve böylece konu hem teorik hem de pratik açıdan oldukça önem kazanmaktadır.²

Kıta Avrupası hukuk sistemlerine ve Türk hukuk sistemine bakıldığında, ihmalin cezalandırılabilmesinin bir paradigma (Değerler dizisi) değişikliği ile mümkün olabildiği görülür. Son 200 yıldır, devlete ve hukuka yüklenen görevler giderek artmıştır. Ceza hukukunda esas olan “yasaklar koyucu” özelliğin yanı sıra “emirler koyucu” bir özellik de gitgide alan kazanmıştır. Bilhassa, temel hak ve hürriyetlerin en geniş biçimde sağlandığı ve koruma altına alınmış olduğu gelişmiş ülkelerde, bireylerin başına gelebilecek zararlar hususunda genel olarak toplumsal hassasiyeti arttırmak hedeflenmiştir. Bu düşünce ve eğilim, icrai davranışla zararlı neticeyi meydana getirenin yanı sıra meydana gelecek zararı önlemeyen kişinin de cezalandırılmasını mümkün kılmıştır. Öz olarak ifade etmek gerekirse ceza kanunlarındaki suç normları, bir taraftan kişileri icrai suçlarda belirli davranışlarda bulunmamakla yükümlü kılarken öte taraftan ihmali suçlarda kişileri belirli davranışları yapmakla yükümlü tutmuştur.

Gerçek (saf) ihmali suçlar, Türk ceza hukuku bakımından 5237 sayılı TCK'nın özel hükümler kısmında düzenlenmiştir. Buna karşılık görünüşte (garantörsel) ihmali suçlara daha önceki kanunda yer verilmezken yeni TCK'da bunların düzenlendiğini görmekteyiz. Görünüşte (garantörsel) ihmali suçların kendine özgü bazı yönleri vardır. İhmali davranışın kuramsal olarak açıklanması, garantörlük kavramının ne olduğunun açıklanması, garantörlük kaynaklarının ne olduğu, ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması meselesi bunlar arasındadır.

Hekimlik, tarihin çok eski zamanlarından beri bilinen bir meslek alanıdır. Tarihsel süreç zarfında hekimlik mesleğinde meydana gelen değişikliklerin yanı sıra hekimlerin sorumlulukları konusu da eski zamanlardan beri bilinen ve üzerinde çeşitli tartışmaların olduğu bir sahadır. Yüzyıllarca süren paternalist hekimlik anlayışından son yüz-yüz elli senedir giderek uzaklaşıldığı malumdur. Fransız Devrimi (1789) ile başlayan “İnsan Hakları” sahasındaki gelişmeler daha sonraları

² Fatih YURTLU (2020), *İhmali Suçlar* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, s. 4.

genişleyerek ve derinlik kazanarak günümüze dek uzanmıştır. Öğretide insan hakları birinci kuşak, ikinci kuşak ve üçüncü kuşak şeklinde sınıflandırılır. On dokuzuncu yüzyıl boyunca bu alanda gelişmeler devam etmiştir. Bu gelişmelerden biri “Sağlık Hakkı” konusunda olmuştur. Yirminci yüzyılda ise “Hasta Hakları” kavramı gündeme gelmiştir. İkinci Dünya Savaşı yıllarında gerçekleşen ciddi ve sistematik insan hakları ihlalleri hasta hakları konusunun gelişmesinde önemli rol oynamıştır. İzleyen yıllarda gerek Amerika Birleşik Devletleri’nde gerekse Batı Avrupa ülkelerinde hasta hakları konusu üzerinde sıkça durulmuş ve bu kavram uluslararası metinlerde yer almıştır. Dünya Hekimler Birliği (World Medical Association, WHO) tarafından 1984 yılında yayınlanan Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi bunların başında gelmektedir.

Hasta haklarının toplumlar nezdinde giderek bilinirliğinin ve öneminin artması ile birlikte ve diğer bazı etmenlerin de rol oynaması sonucu hekim-hasta ilişkisinde köklü değişiklikler meydana gelmiştir. Eski zamanlardan beri süren paternalist hekimlik anlayışı yerini daha eşitlikçi bir ilişkiye bırakmıştır. Kişi özerkliği ve kişinin kendisi hakkındaki kararları vererek kendi geleceğini belirleme hakkı kavramlarının yasalarda daha güçlü biçimde vurgulanması ve ön plana çıkması bu hususta rol oynayan mühim faktörlerden biridir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 17. maddesinin ilk iki fıkrasında bu hakkı açık biçimde şöyle düzenlemektedir: “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.” Hasta ve hekim arasındaki ilişkinin değişim göstermesi, hastanın sağlık alanındaki beklentilerinin yükselmesi, hasta odaklı sağlık hizmeti prensibinin benimsenmesi, sağlık alanının ticarileşmesi ve buna bağlı olarak sağlık hizmetine olan talebin arttırılması ve son olarak hastanın hekime karşı ve hekimin de hastaya karşı olan güven duygusunun zayıflaması şeklinde özetlenebilecek sebeplerle hasta-hekim arasında yaşanan çekişmeler artmış ve çoğalan ihtilafli durumlar hastaların hekimler hakkında şikayette bulunmalarını ve hekimleri dava etmelerini çok sık karşılaşılan bir gerçeklik durumuna getirmiştir.

Hekimlerin, tıbbi müdahalenin kötü uygulanmasından kaynaklanabilecek zararlı neticeler bakımından sorumluluğuna gidilebilmektedir. Hekimlerin suç teşkil eden eylemleri ceza hukuku alanında ele alınır ve gerek Türk Ceza Kanunu gerekse

cezai hükümler içeren diğer kanunlar vasıtasıyla tecziye edilebilir. Türk ceza hukuku öğretisinde suçların esas itibarıyla icrai davranışla işlendiği bilinmektedir. Bunun yanı sıra ihmali davranışla işlenen suçlar da bulunmaktadır. Çünkü ceza hukukunda kişi esas olarak dış dünyada icrai bir fiille kendini gösteren davranışları sebebiyle cezalandırılır. Kişinin herhangi bir şey yapmadığında cezalandırılması istisnai bir durum teşkil eder. Başka bir ifadeyle ihmali davranışla suçun işlenmesi durumunda bunun kuramsal temelini oluşturulması ceza hukukunun tartışmalı alanlarından biridir. Bilhassa modern toplumlarda insana verilen kıymet arttıkça bazı ihmali davranışların da suç olarak kabulü benimsenmiştir. İhmali suçlar, gerçek (saf) ihmali suçlar ve görünüşte (garantörsel) ihmali suçlar diye iki grupta toplanır. Hekimlerin işleyebileceği gerçek ihmali suçlar olduğu gibi yine onlarca işlenebilecek garantörsel ihmali suçlar da bulunmaktadır.

Uygarlık, insanoğlunun, bir parçası olduğu evreni, insan olarak kendisini tanıma ve açıklama, dolayısıyla doğaya egemen olma ve ortak hayatın davranışlarını düzenleme zımınında yarattığı beşerî tüm değerlerdir. Kuşkusuz bu beşerî değerlerden birisi de hukuktur.³ Yunan filozofu Aristoteles'in ifade ettiği üzere, "insan, toplumsal bir canlıdır (zoön politikòn)". Bu sebeple toplum içinde aile, topluluk, mahalle (köy), millet, devlet gibi farklı sosyal ortamlarda, kendi sosyal niteliğine ve adalet anlayışına uygun toplumsal kurallarla ancak adalet özlemi ile yaşar. Bu adalet özlemi, insanoğlunun temel içgüdüsüdür. Hukuk, insanın topluluk içinde yaşamasının zorunlu sonucudur.⁴

Hukuk, daha özel olarak ceza hukuku, başlı başına bir hayattır, toplumsal bir olgudur, hatta bu olgular içerisinde en önemli olanıdır. Hukuk kuralları normatif birer önermedirler. Hukuk biliminin, ceza hukuku biliminin konusu, ölçülen, denenen, gözlenen olay, olgu ve eylemler değildir. Bunlardan tamamen farklı bir varlığa sahip bulunan davranış kuralları yani normatif önermeler, kısacası normlardır. Demek ki hukuk, ceza hukuku bilimi, davranışların bizzat kendilerini değil, fakat onları düzenleyen kuralları, yani gerçekte gerçekleşip gerçekleşmemelerinden bağımsız olarak bir kısım davranışların nasıl düzenlenmiş olduklarını incelemektedir. Bu temel niteliği nedeniyle normatif önermeler, ne olmuş

³ Zeki HAFIZOĞULLARI (1996), "Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 45, S. 1, s. 3-21, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2717.pdf>, ET. 05.09.2021

⁴ Gökhan Osman ANTALYA (2020), *Hukuk Teorisi, Cilt-I*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 39.

veya olmakta olan vakaların bir 'tespitini', ne de olması gereken şeylerin bir 'tahminini' formülleştirirler ve binaenaleyh sadece belirli bir kısım davranışları düzenlerler. Öyleyse, araştırmalarında bu önermeleri konu edinen hukuk, ceza hukuku bilimi ne gerçek ne de muhtemel davranışlarla ilgilidir; ilgili olduğu davranışlar, "farazi davranışlardır.⁵ Hukuk bilimi, hukuk normlarını inceler. Ancak bu bilimin, anayasa hukuku, ceza hukuku, idare hukuku, medeni hukuk gibi özel disiplinlerden meydana gelen hukuk dogmatigi kısmı, hukuk normunun içeriğini incelerken hukukun genel teorisi kısmı normun içeriğini değil; yapısını, biçimini ele alır.⁶

Toplumsal kurallar ve davranış normları çok çeşitli şekillerde ve farklı adlar altında toplanmış olabilirler. Sosyal kontrol, aile içi kontrol, ahlak kuralları, din kuralları, örf, adet ve gelenek vb. bunlara örnek olarak gösterilebilir. Bu kuralları oluşturan ya toplumun kendisi (nomos) ya doğa (physis) ya da inanışa dayalı olarak ilahi bir güçtür. Ancak bu kurallara uyulmamasının doğrudan ve zorlayıcı bir yaptırımı yoktur. Oysa toplumun var olması ve onu oluşturan bireylerin düzen içinde yaşaması için yaptırım gücü bulunan, hemen uygulanan ve zorlayıcı olan kurallara ihtiyaç vardır. İşte bunlar, hukuk kurallarıdır. Buradan hareketle hukuk, toplum halinde birlikte yaşayan insanların davranışlarını düzenleyen ve bu davranış kurallarının ihlalini yaptırıma bağlayan kurallar bütünüdür.⁷ Uygun, hukuk kuralları ile yaptırımlar arasındaki ilişkinin kökenine dair şöyle demektedir: "Hukuku yaratan, insanların ancak toplum içinde yaşayabilmesi ve toplumun da ancak dayanışma üzerine kurulabilmesi gerçeğidir. Bireylerin toplum içinde birbirlerine bağımlılığı, herkesin uyması beklenen bazı davranış kurallarını hukuk kurallarına dönüştüren, bu kuralların ihlali durumunda bireylerin çoğunluğunun gösterdiği tepkidir. İlgili davranış kuralı, tepki şiddetli olmadığında ahlaki bir kural düzeyinde kalmakta, tepki fiziksel bir yaptırımla desteklendiğinde hukuk kuralına dönüşmektedir. Sosyal bir kuralın hukuk kuralına dönüşmesinde yasa koyucunun iradesine kurucu bir rol tanınmaktadır. İlkel toplumlarda bu dönüşüme, merkezileşmiş organların

⁵ Zeki HAFIZOĞULLARI (1978), "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXXV, S. 1 (4), s. 215-279, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/48319/2925.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, ET. 05.09.2021

⁶ Kemal GÖZLER (1998), *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A Yayıncılık, Ankara, s. 2-3.

⁷ Berrin AKBULUT (2019), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 27-28.

yokluğunda, örgütlenmemiş yapılar eşlik eder. Devletli toplumlarda ise yaptırım sistemini oluşturma işini yöneticiler üstlenmiştir. Her durumda, sosyal kural, daha devlet tarafından saptanmadan hukuki nitelik kazanmıştır.”⁸

Hukuk kurallarının uygulanmasında devlet aygıtı tüm gücüyle kullanılmaktadır. Bu özelliği nedeniyle hukuk, toplum düzeninin sağlanması için kullanılan en etkin mekanizmadır.⁹

Hastalık, ölüm tıbbın gayesi olmadığı gibi cürüm, ceza, hapisane de elbette hukukun gayesi değildir. Birçok münevverlerin “hukuk” telâkki ettikleri şeyler hukukun inkârından doğan menfi hâdiselerdir. Tıp bize sıhhatli bir vücudun nasıl olduğunu ve bu vücudun normal işleminin ne gibi sebeplerden bozulduğunu ve bozulduğu zaman ne gibi tedbirler almak icap ettiğini öğretir. Hukuk da bir camianın sağlam bir camia olarak yaşaması için ne gibi kaidelere riayet etmek lâzım olduğunu ve bu kaidelere riayet etmeyenlere karşı ne gibi tedbirler almak lâzım geldiğini öğretir. Tıp, fertlerin cismani sıhhat ve bekası ile alâkadardır. Hukuk, camia denilen varlığın sıhhat ve bekası ile (ve fertlerin hürriyet ve emniyetiyle) alâkadardır. Tıp, hastaneye lüzum kalmamasını ister. Hukuk, hapishaneye lüzum kalmamasını diler. Hukuk, cürüm ve cezadan ibaret değildir. Hukuk, cürüm işleyen, cezaya uğrayan olması diye vaz’edilmiş kavattir. Cürüm ve ceza gibi hadiseler hakikaten nahoş şeylerdir. Fakat bunlar hukukun meşru evladı değil, gayri meşru neticeleridir. Bunlar hukukun bütün gayretine rağmen ara sıra beşeriyetin daha tamamı ile sönmemiş hayvani irsiyetlerinden fişkırın hadiselerdir. Bunlardan mesul olan hukuk değildir, bilakis hukuk bunlarla mücadele için teessüs etmiştir. Hukukla hiç alakadar olmayan münevver evinde rahat oturabiliyorsa, malı, mülkü, canı, şahsı, ailesi tecavüzden masunsa, kendini cemiyet içinde hissediyorsa, bilsin ki o bütün nimetleri hukuka medyundur.¹⁰ Yasa koyucuların ve öğretinin suç ve suçluluğa karşı verdikleri yanıtların, tepkilerin ve sergiledikleri çözümlerin tarihi, evrimsel kaynaklar, geniş

⁸ Oktay UYGUN (2017), *Hukuk Teorileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 94.

⁹ Volkan Murat DÜLGER (2021), *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 1. Baskı, Hukuk Akademisi Yayıncılık, İstanbul, s. 4.

¹⁰ Sadri Maksudi ARSAL (1943), “Hukuk İlmi ve Sosyoloji-I, Hukuk Kavaidi ve Hukuk İlmi,” *İçinde, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi* (2007), C. 17, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, s. 60-72, https://node1.123dok.com/dt09pdf/9libnet/000/041/41185.pdf_file.pdf?X-Amz-Content-Sha256=UNSIGNED-PAYLOAD&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=7PKKQ3DUV8RG19BL%2F20210919%2F%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20210919T155559Z&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Expires=600&X-Amz-Signature=2bff3fcdbe6ba5b95549b221f4c566079773c91576d32003844c2172752ece6 (<https://9lib.net/document/rz31vp9y-baslik-i-lmi-sosyoloji-kavai-di-ilmliyazar-sadri-maksadi-tarihi.html>). ET. 20.09.2021

anlamda suç politikasına temel oluşturmaktadır.¹¹ Modern devlet kuramında cezalandırma hakkının devlete ait olduğu, toplumsal sözleşmeyle bunun devlete devredildiği kabul edilir. Devlet bu anlamda kişiler arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda hakem görevi görür, mutlak veya keyfi davranmaz; akla ve vicdana dayanır. Devlet, suç şeklinde gerçekleşen ihlali ölçülü olarak ve haksızlıkların oluşturduğu zararları onarma ve bunları engelleme amaçlarıyla cezalandırma gücüne sahip iktidardır.¹²

Çağdaş ceza hukuku düşüncesi kendisini, insancıl şekilde birlikte yaşama koşullarını sağlamaya adan ve toplumsal düzenin üzerinde yükseldiği hukuksal değerleri koruma altına almak üzerine kurgulanır.¹³ Ceza hukuku vasıtasıyla koruma altına alınan bu değerler, örneğin “Kasten öldürme” suçunda (TCK m.81) kişilerin yaşama hakkını, “Hırsızlık” suçunda (TCK m.141) mülkiyet ve zilyetlik hakkını, “Eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi” suçunda (TCK m.112) eğitim ve öğretim hakkını, “İbadetin engellenmesi” suçu (TCK m.115) bakımından ise din ve vicdan özgürlüğü hakkını esas alır ve bu hakları korumayı hedefler.¹⁴

Ceza hukukunda hangi eylemlerin suç olarak tanımlanacağı konusunda ölçüt olarak “suçla korunan hukuksal değer” kavramı kullanılır. Suç oluşturan eylemler, kanunda suç olarak tarif edilmeden evvel de bir haksızlık olarak bulunmaktadırlar. Bu itibarla, suç, bir haksızlık olarak medeni hukuk ya da idare hukukuna aykırı harekette bulunmaktan nitelik anlamında farklı olmayıp, nicelik manasında farklıdır. Bu manada suç, cezayı gerektiren bir haksızlıktır. Buradan cezanın toplum düzenini saldırganlardan korumak için son araç olması gerektiği ortaya çıkmaktadır, buna “cezaya muhtaçlık” denir. Bu durum ceza hukukunun diğer hukuk disiplinleri karşısındaki nicelik itibarıyla ikincil nitelikte olması gerektiğini ortaya koyar. Bununla birlikte cezaya muhtaçlık, eylemin cezaya layık olmasını da gerektirir. Dolayısıyla yalnızca cezalandırmaya layık ve cezalandırmaya muhtaç hukuksal değere ilişkin haksızlıklar suç olarak tanımlanabilir.¹⁵⁻¹⁶

¹¹ Sami SELÇUK (2015), “Eski Çağlarda Suç Hukuku”, *İçinde, Nevzat Toroslu'ya Armağan*, Cilt-II. Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, s. 1013-1058.

¹² Volkan Murat DÜLGER 2021, age, s. 7.

¹³ Yener ÜNVER (2004), *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 37.

¹⁴ Volkan Murat DÜLGER 2021, age, s. 9.

¹⁵ Yener ÜNVER 2004, age, s. 37-38.

¹⁶ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ (2019), *Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 40.

Hukuk kuralları, genellikle kişilere “belirli şekilde davranmama” yükümlülüğü getirmektedir. Bu minvalde hukuk normları; “bir başkasını öldürmeme-yaralamama”, “başkasının malını onun rızası hilafına almama” gibi yasaklar ortaya koyar. Bu tip davranış kurallarına; “yasaklayıcı norm-yasaklayıcı davranış kuralları” denilmektedir. Kişilere belirli şekilde davranmama yükümlülüğü getiren yasaklayıcı normların ihlal edilmesi durumunda “icrai suçlardan” bahsedilir. Buna karşılık, sayıca yasaklayıcı normlar (icrai suçlar) kadar olmamakla birlikte, “belirli şekilde davranma yükümlülükleri” de modern toplumlarda kişilere bir “görev-yükümlülük” olarak telakki edilmektedir. Bu tip davranış kuralları ise “emir normu-emredici davranış normları” olarak adlandırılmaktadır. Kişilere “belirli şekilde hareket etme yükümlülüğü” getiren bu tip emredici normların oluşturduğu fiillere ise ceza hukuku teorisinde “ihmali suçlar” adı verilir.¹⁷

Bu tez çalışmasında, genel olarak, hekimin ceza sorumluluğu ihmali suçlar bağlamında ele alınacaktır. Öncelikle gerçek ihmali suçlar bakımından hekimin ceza sorumluluğu incelenecek, daha sonra ise görünüşte ihmali suçlar bakımından hekimin sorumluluğu aynı zamanda defansif tıp da göz önünde bulundurulmak suretiyle kapsamlı bir biçimde incelenecektir. Tez çalışmamızın sınırlarını esas itibariyle hekimlik mesleği dahilinde işlenebilecek ihmali suçlar oluşturur. Başka bir ifadeyle, hekimin mesleksel etkinlikleri içinde ihmali davranış ile işleyebileceği suçlar bu tez çalışmasının kapsamına alınmıştır.

¹⁷ Fatih YURTLU 2020, age, s. 4.

BÖLÜM I

GENEL OLARAK İHMALİ SUÇLAR

1.1 İHMALİ SUÇLARIN TEORİSİ

1.1.1 Genel Mülahaza

Keyman'a göre; hukuk, insanın dış dünyaya yansıyan davranışlarını, özünde değerli sayılan bazı toplumsal amaçlara ulaşmak gayesi ile düzenleyen ve yargı organları tarafından kullanılmaya ve uygulanmaya elverişli görülen kurallardır.¹⁸

Genel olarak, ceza kanunu incelendiğinde, özel hükümler kısmında yer alan suçların, bu suçu meydana getiren hareketin şekline göre; icrai suçlar ve ihmali suçlar olarak iki grupta toplandığını görürüz. Her nasılsa, icrai suçların bugüne değin çok üzerinde durulmuşsa da ihmali suçları ele alan çalışmaların nispeten daha az olduğu söylenebilir. İhmali suçlar konusunun daha fazla ele alınmaya başlanmasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun getirdiği bazı yeni düzenlemelerin rolünün olduğu kanısındayım.

Kunter'e göre; dünyadaki olaylar doğal ve beşerî olaylar olmak üzere ikiye ayrılabilirler. Beşerî olaylar da hukuksal önemleri olup olmamasına göre, hukuksal fiiller ve basit fiillerden ibarettirler. Hukuksal fiil, "İnsan eseri olan ve hukuk bakımından ehemmiyet arz eden bir olaydır". Fiil de hareket, netice ve nedensellik bağından oluşmaktadır.¹⁹ Suçun birinci kurucu unsuru tipik fiildir.²⁰⁻²¹⁻²²⁻²³ Tipik fiil, iradî olması nedeniyle bir insana atfedilebilen, münferit kanuni bir soyut tipin

¹⁸ Selahattin KEYMAN (1981), "Hukukta Bir Tanım Denemesi", Prof. Dr. Akif Erginay'a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 460, Ankara, s. 3-29.

¹⁹ Nurullah KUNTER (1955), Hukuk Umumi Nazariyesinde "Fiil" ve Bir Suç Unsuru Olarak "Netice", İçinde A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul, s. 194-211.

²⁰ Muharrem ÖZEN (2007), *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 225-226.

²¹ Kayıhan İÇEL (2016), *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 16. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, s. 253.

²² İzzet ÖZGENÇ (2018), *Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 173.

²³ Yasin KURBAN (2019), "İslam Hukuku ve Pozitif Hukuk Açısından Suç Genel Teorisi Bağlamında Hareket", *EKEV Akademi Dergisi*, C. 23 (77), s. 411-448.

içine yerleştirilebilen, yani bunun özelliklerini bünyesinde taşıyan, objektif unsurların bütünüdür. Modern uygar hukuk sistemleri, bir fiili aracılığı ile doğal ve toplumsal çevrede etkiler, sonuçlar yaratmayan insanla meşgul olmazlar.²⁴ Esasen, bütün diğerleri gibi ceza normunun da konusu, dış dünyaya hareket veya ihmal olarak yansıyan insan davranışlarıdır. Bu itibarla, duyma, irade etme, isteme gibi bireyin psişğinde kalan, hareket veya ihmal biçiminde dış dünyaya yansımayan davranışlar ceza hukukunu ilgilendirmezler; yani bir suçun objektif unsurunu oluşturamazlar. Psişik davranışlar sadece, insanın dış dünyaya yansıyan fiilinin değerlendirilmesinde ölçü olabilirler. Yani psişik davranış, fiilin hukuki nitelenmesinde, cezanın nitelik ve nicelikçe belirlenmesinde bir işleve sahip olabilir.²⁵ Modern ceza hukuku insanın sadece dış davranışları ile ilgilendiği, dışta belirmeyen fikir, kanı ve düşüncelerini göz önüne almadığı için biz, insanın içinde cereyan eden bu çeşit olayları inceleme alanımız dışında bırakmak zorundayız.²⁶ Bir suç işlenmiştir diyebilmek için, dış âlemde değişiklik yapan icrai veya ihmali (olumlu veya olumsuz da denebilir) bir davranış söz konusu olmalıdır. Bu mahiyetteki bir insan hareketi yoksa suçun varlığından bahsedilemez. Fakat, yalnız icrai veya ihmali bir hareketin varlığı, suçun maddî unsuru adını alan bu unsurun tamamlanmasına yetmez. İcrai ve ihmali hareketin bir sonuç yaratmış olması gerekir ve dış âlemdeki değişiklik bu sonuç ile birlikte varlık kazanır. Hareket ve sonuç yanında yer alan ve suçun maddî unsurunu tamamlayan üçüncü unsur hareket ile sonuç arasındaki bağıdır ki, buna doktrinde, illiyet bağı, sebebiyet alâkası, nedensellik bağı adı verilir. Bu bağ olmaksızın dış âlemdeki değişikliğin, hareketin bir sonucu olarak kabulü imkânı ortadan kalkar.²⁷ Demirbaş'a göre; hareket, insanın iradi olarak dış dünyada bir değişiklik meydana getirmesi şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla hareketin varlığından söz edebilmek için, iradi bir insan davranışı söz konusu olmalı ve bu insanın fiziki bir etkinliği neticesinde ortaya çıkmalıdır. Böylece, “netice” ile “hareketi” birbirine bağlayan unsur nedensellik bağıdır.²⁸

²⁴ Giuseppe BETTIOL (1976), “Diritto penale”, *Parte Generale, Nona Edizione, CEDAM, Padova*, s. 223, Aktaran Selahattin KEYMAN (1988), Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 40 (1), s. 121-171.

²⁵ Selahattin KEYMAN 1981, age, s. 3-29.

²⁶ Uğur ALACAKAPTAN (1975), *Suçun Unsurları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 372, Sevinç Matbaası, Ankara, s. 40.

²⁷ Age, s. 9.

²⁸ Timur DEMİRBAŞ (2018), *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 226.

Ceza Hukukunun konusunu oluşturan "suç" kavramının gerçekleşebilmesi için gerekli unsurlardan biri, "maddi unsurdur". Maddi unsur da "hareket", "netice" ve bu iki kavram arasındaki "nedensellik bağından" oluşur.²⁹ Keyman şöyle demektedir: Suçun ilk kurucu unsurunu ve modern ceza hukukunun hareket noktasını oluşturan fiil, üç alt unsurdan meydana gelir: a) Geniş anlamda hareket ki hem icrai hem ihmâli davranışları kapsar,- b) Netice, yani geniş anlamda hareketin dış dünyada meydana getirdiği, ceza normlarınınca önemli sayılan etkiler,- c) Geniş anlamda hareketle neticeyi birbirine bağlayan, maddi illiyet bağı.³⁰

Suç teşkil eden eylemlerin en önemli ortak özelliği, iradî bir insan fiilinin sonucu olmalarıdır. Bu durum ceza hukuku literatüründe “ceza hukuku, fail değil, fiil ceza hukukudur” şeklinde formüle edilmiştir.³¹⁻³²

Modern ceza hukuku, suçu, failini ve fiilini birbirinden ayırarak inceler ve fiili esas alarak, bunun üzerine genel suç teorisini kurar. Ceza hukukunda sorumlu olan suçu gerçekleştiren kişi, yani suçun faili ise de sorumluluğunun hukuki esası, hukuk düzenini ihlal eden fiilidir. Kişinin gerçekleştirmiş olduğu haksızlık tespit edildikten sonradır ki bu haksızlık bakımından kusurun bulunup bulunmadığı araştırılabilir.³³ Önder’e göre; suç durumunda failin cezalandırılabilmesi için dış alemde meydana getirilen ve hukukça önemli olan değişikliğe iradi bir hareketle sebebiyet verilmesi, diğer ifade ile neticenin sebebini failin gerçekleştirmiş olması, sorumluluk için hareket ile netice arasında nedensellik bağının kurulabilmesi şarttır. Bu bağın kurulması gerekli olunca ne zaman kurulacağı ve ne zaman böyle bir bağın olmadığı hususu tespit edilecektir. Böyle bir bağ kurulmadığı durumda failin neticeden sorumlu olduğu düşünülemeyecek, bu bağ kurulduğu takdirde suçun diğer unsurları olan hukuka aykırılık ve kusurluluğun mevcut olup olmadığının araştırılması safhasına geçilecektir.³⁴

²⁹ Güçlü AKYÜREK (2014), “İhmali Suçlar”, *İçinde, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayını, s. 139-158.

³⁰ Selahattin KEYMAN (1988), “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 40 (1), s. 121-171.

³¹ Doğan SOYASLAN (2018), *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 246-247.

³² Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM (2019), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 203-204.

³³ Hakan HAKERİ (2020), *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 23. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 117.

³⁴ Ayhan ÖNDER (1992), *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 192.

Suç genel teorisinin temelinde hareket kavramı bulunur. Bu nedenle 19. yüzyıldan bu yana suç genel teorisine ilişkin olarak ortaya çıkan görüşler, suç kavramını hareketi esas alarak açıklamaya çalışmıştır.³⁵

Hareket, netice ve nedensellik bağından ibaret olan fiil kavramının, davranış başlığı altında da ele alınabileceği bildirilmektedir.³⁶⁻³⁷ Davranış kavramı, dar ve geniş olarak iki şekilde anlaşılabilir. Buna göre davranış; dış dünyada meydana getirdiği değişikliklerden bağımsız olarak dar biçimde veya tam tersi, ortaya çıkardığı netice ve nedensel süreci de kapsayacak şekilde geniş biçimde tanımlanabilmektedir.³⁸ Türk Hukuku'nda ihmal ve icrayı kapsayan üst kavram olarak hareket kavramı kullanılmaktadır. İhmali ifade etmek üzere, olumsuz, menfi, negatif hareket; icrayı ifade etmek üzere olumlu, müspet, pozitif hareket terimlerine rastlanılmaktadır. Türk ceza hukuku terminolojisinde de ihmal ve icrayı kapsamak üzere "davranış" teriminin kullanılması mümkündür. Telkenaroğlu şöyle demektedir: "İcrai ve ihmali bütün eylemleri içine alan "davranış" kelimesini tercih ettik. Zira davranış, ya yapma veya yapmama biçiminde olabilir. Birinci halde hareket, ikinci halde ihmal söz konusudur. Bazen de aynı anlama gelen "fiil" ve "eylem" ifadelerini kullandık. Bizi böyle bir tercihe iten şey, icra ve ihmalden her ikisinin de bir davranış, fiil ve eylem sayılabilmesidir. Bu itibarla, icra ve ihmali genel ve soyut bir üst kavram altında birleştirmek, bu üç kelimedenden (davranış, fiil, eylem) herhangi birisiyle mümkün olmaktadır. İhmal ve icranın üst kavramı, "hareket" olamaz. Nitekim "icrai hareket" ya da "ihmali hareket" tabirleri mantıksal olarak doğru değildir. Zira icra ile hareket, eş anlamlı iki kelimedir. Hukuk dilinde bir eylemi icrai olarak nitelemek ile hareketsel olarak nitelemek arasında bir fark bulunmamaktadır. Diğer taraftan, ihmali suçlar, durağanlıkla ortaya çıkar. Durağanlık ise hareketin

³⁵ Yasin KURBAN 2019, age, s. 411-448.

³⁶ Faruk EREM (1976), *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C. 1, B. 11, Sevinç Matbaası, Ankara, s. 264-265.

³⁷ Yaprak ÖNTAN (2020), *Ceza Hukukunda Davranış ve Netice* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, s. 10.

³⁸ Alberto DALL'ORA (1950), *Condotta Omissiva e Condotta Permanente nella Teoria Generale del Reato*, *Giuffrè*, Milano, s. 4, Aktaran Yaprak ÖNTAN (2020), *Ceza Hukukunda Davranış ve Netice* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, s. 10.

öteki hali değil, onun tersidir. ”³⁹ Ancak, Hakeri’ye göre; öteden beri "davranış"tan ziyade, "hareket" kavramı kullanılmaktadır.⁴⁰

Alışılmış terimceden ayrılan bir yazar olarak Yüce dikkati çeker: "Hareket iradenin bedene yansması, bedendeki belirişidir. Bu beliriş ya durgudur (durağan hal, bir şey yapmama, ihmal) ya yapkı (yapma), (icra) dır. Hareket, konuşma dilinde bir şey "yapma"yı, eski deyişle icra'yı, yapkıyı anlatır. Durgu haline, yani yapmamaya hareket demeyiz. Ceza hukuku, hukuk düzenince emredilen şeyi yapmamayı, yani durguyu (durağan hali) de hareket saymıştır. Çünkü durağan hal, hukukça önemli bir sonuç meydana getirebilmektedir. Bu sonucu açısından durağanlık harekettir. Türk hukukunda yerleşmiş terimcede yapkıya, icra, durguya ihmal denilmektedir."⁴¹

Bu anlamda hareket insanın vücudu tarafından yapılan bir iş olup, iradenin sınırlar kanalı ile kaslara verdiği emirlerin dış dünyadaki görüntüsüdür. El, kol, bacak, baş hareketleri belli başlı icra hareketi tipleridir. Bununla birlikte, konuşmayı, yani, herhangi bir sözü, hatta belli bir biçimde bakışı da icra hareketi saymak gerekir. Çünkü, adı geçen faaliyetler de iradenin sınırlar aracılığıyla kaslara verdiği emirlerin sonucudurlar.⁴²

Hareket adını verdiğimiz unsur iki şekilde ortaya çıkabilir: Bir şeyi yapmak veya yapmamak. Hareket, bir şeyi yapmamak şeklinde ise, «ihmalî hareket — omissione» adını alır. İcrai bir hareketle işlenebilen suçların bazı hallerde ihmalî bir hareketle işlenmeleri mümkündür. Örnek, adam öldürme suçu, aslında, bıçak, tabanca, zehir vs. gibi araçların kullanılması ile işlenen bir suçtur ve bu suretle işlendiği zaman icrai bir suç niteliğini taşır. Çocuğuna, onu aç bırakarak öldürmek kastıyla süt vermeyen ananın misalinde ise ortada ihmalî bir hareket ile işlenen bir icra suçu vardır ki, öğretilerde bu çeşit suçlara ihmal suretiyle icra suçları (reati di commissione per omissione) adı verilir. Bugün hemen hemen bütün yazarlar tarafından hareketsiz suç olmayacağı ilkesinin, (nullum erimen sine actione) kabul

³⁹ Merter Rahmi TELKENAROĞLU (2016), “İhmalî Suç Kavramı ve İslam Hukukuna Göre İhmal Suretiyle İşlenen Kasten Adam Öldürme Suçu”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 27, s. 287-330.

⁴⁰ Hakan HAKERİ (2003), *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 21.

⁴¹ Turhan Tufan YÜCE (1985), *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Turhan Yayınevi, Ankara, s. 21.

⁴² Uğur ALACAKAPTAN 1975, age, s. 41-42.

edilmiş olmasına rağmen başta, Manzini olmak üzere, bazıları hareketsiz suç olabileceğini ileri sürmüşlerdir (sırf şüphe suçları-durum suçları).⁴³

İhmal hareketini, bir insanın, yapması gereken, yani, kendisinden beklenen şeyi yapmaması diye tanımlamak mümkünse de bu tanımın bütün yazarlarca benimsendiği sanılmamalıdır. Bir düşünüşe göre, ihmal hareketi, bir şeyi yapması gereken kimsenin, bunun yerine yaptığı harekettir. Yani, ihmalde bulunan kimsenin hareketsiz kalması düşünülemez. O da bazı hareketlerde bulunur; fakat, bu hareketler ondan beklenenler değildir. Antolisei'nin de dediği gibi bu anlayış yalnız muğlak olmakla kalmayıp aynı zamanda herhangi bir esasa dayanmaktan da uzaktır. Çünkü, belli bir anda yapması gereken şeyi yapmayan kimsenin, bu hareket yerine başka bir hareket yaptığı iddiası her zaman doğru olamaz. Çünkü, yapması gerekeni yapmayan kimsenin hareketsizliği seçmiş olması da mümkündür. Öte yandan, uzunca bir süre içinde yapılması gereken bir hareketin yapılmaması halinde bu süre boyunca yapılan icrai birçok hareketten hangisinin, yapılması gereken hareketin yerini alacağını belli etmek çok zordur. Kaldı ki, yapılması gerekli hareket yerine yapılan hareketin ceza hukuku bakımından hiçbir önemi, yani suçla hiçbir ilgisi olmayabilir. Örneğin, hastasına ilâç vermeyerek ölümüne sebep olan hemşire, ilâç vermek yerine roman okusa, bu ikinci eylemi suçla ilgisiz, ceza hukuku bakımından önemsiz olduğu için kendisi roman okumaktan değil, ölüme sebep olmaktan sorumlu tutulur. Bununla birlikte, yapılması gereken hareket yerine yapılanın hukukî önem taşıması, hukuka aykırılık teşkil etmesi mümkündür. Ne var ki, asıl olan belli bir hareketin yapılmamasıdır.⁴⁴ Gören'e göre; ihmal, kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklendiği hallerde, bu yükümlülüğe uygun davranılmamasıdır.⁴⁵ Özgenç'e göre ise ihmal, davranış normlarıyla ve dolayısıyla, hukuk kurallarıyla belli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün tahmil edilebildiği hallerde, kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesidir. İhmalî davranış, kaynağını davranış normlarından ve dolayısıyla, hukuk kurallarından alan belli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi olarak tezahür etmektedir. Davranış normunun ve ilgili hukuk kuralının korumayı hedeflediği hukukî değer, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi suretiyle, ihlâl edilmektedir. Bu yükümlülüğün

⁴³ Age, s. 40.

⁴⁴ Francesco ANTOLISEI (1957), *Manuale di Diritto Penale*. Milano, Dott, A Giuffrè Editore, s. 117, Aktaran Uğur ALACAĞAPTAN 1975, age, s. 40.

⁴⁵ Sami GÖREN (2012), *Türk Ceza Kanunu*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 526.

yerine getirilmemesi, yani ihmali; belli bir hukukî değerin ihlâli mahiyetini taşıyacak ve dolayısıyla, bir haksızlık teşkil edecektir. Davranış normlarından kaynaklanan bu icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün salt yerine getirilmemesi, bir haksızlık teşkil eder. Bu haksızlıkların önemli bir kısmı, TCK'da suç olarak tanımlanmıştır.⁴⁶

1.1.2 Terimce

Arapça h-m-l kökünden türetilen ihmal kelimesi, kök olarak; başıboşluk, terk edilmişlik anlamındadır. Arapçada develerin çöle salıverilmesi, çobansız kalması, bu kelime ile ifade edilmektedir.⁴⁷ Türk Dil Kurumu Sözlüğü'ne göre; gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savsaklama, savsama, önem vermeme anlamlarına gelmektedir.⁴⁸ T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü'ne göre; ihmal, dikkatsizlikten ve özensizlikten kaynaklanan kusur; savsaklama; gerekli özeni göstermeme şeklinde ifade edilmiştir.⁴⁹ Bir diğer sözlük ise şöyle tanımlamaktadır: (İşine, bir şeye) gereken ilgiyi göstermeme, önem vermeme, boşlama, savsaklama.⁵⁰

İhmal sözcüğünün en temel karşılığı, yapmamaktır. Bilhassa 5237 sayılı TCK'dan önceki dönemde ihmali ifade etmek üzere çeşitli terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Örneğin ihmal sözcüğünü Kunter sadece normatif saha ile sınırlı benimsemiş, ontolojik sahadaki ihmal için menfi (müspetin karşıtı olarak) sözcüğünü kullanmıştır. Bugün ise artık Türk ceza hukukunda hem ontolojik hem de normatif sahadaki kullanımı için ihmal sözcüğü yerleşmiştir. Öğretide ağırlıklı olarak ihmal icra gibi hareketin bir şekli olarak kabul edildiğinden, karşımıza ihmali hareket ve ihmali davranış şeklinde veya sadece ihmal şeklindeki kullanımlarıyla çıkmaktadır. İhmal teriminin diğer hukuk dallarında göze çarpan farklı kullanımına medeni hukukta rastlanmaktadır. Buna göre, "ihmal" sözcüğü, kusurun türü olarak görülen "taksiri" ifade etmek için kullanılmaktadır. Böylece bu hukuk dalında ihmal terimine kasttan sonra diğer bir kusur türünü ifade etmek için başvurulmaktadır. Bu, kusurun türü olarak görülse de ceza hukukundaki gibi dikkat ve özen yükümlülüğüne dayandırılmaktadır. Bu nedenle, burada "ihmal" sadece sözcük olarak farklı bir alam

⁴⁶ İzzet ÖZGENÇ (2021), "İhmali Suç Teorisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, S. 4, s. 303-378.

⁴⁷ Mütercim Asım EFENDİ (1272), *El-Okyanusu'l-Basit fi Tercümeti'l-Kamusi'l-Muhit (Cilt III)*, İstanbul, Aktaran Yasin KURBAN 2019, age, s. 411-448.

⁴⁸ TÜRK DİL KURUMU (2021), *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/>, ET. 15.05.2021

⁴⁹ T.C. ADALET BAKANLIĞI (2021), *Hukuk Sözlüğü*, <https://sozluk.adalet.gov.tr/ihmal>, ET. 15.05.2021

⁵⁰ Ali PÜSKÜLLÜOĞLU (2004c), *Türkçe Sözlük*, 7. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara, s. 655.

ifade etmeye hasredilmiştir. Hareketin şekli olarak ihmal ise, bir terim yeknesaklığından ziyade "yapmama", "harekette bulunmama" ve "olumsuz davranış" gibi muhtelif ifadeler ile açıklayıcı biçimde ele alınmaktadır. Hatta bu şekilde olumsuz davranış ile zararın meydana geldiği hal için ihmal suretiyle icra nitelemesi yapılmaktadır.⁵¹

1.2 İHMALİ SUÇLAR

1.2.1 Genel Mülahaza

Toplumsal yaşam şartlarının değişmesi, hukuk düzeninin de bu değişime ayak uydurmasını zorunlu kılmaktadır. Bu değişim sürecinin en bariz şekilde hissedildiği yerlerden biri de ihmalden doğan sorumluluk alanıdır. Toplumsal yaşamın gelişmesi ve karmaşıklaşmasıyla birlikte bireyler açısından yeni sorumluluklar ortaya çıkmaktadır. Bu yeni sorumluluk alanları da bireylere yeni yükümlülükler getirmektedir. Nihayetinde bireylerin söz konusu yükümlülüklere aykırı davranışları da ihmalden doğan sorumluluğu tartışmaya açmaktadır.⁵² ihmali suçların cezalandırılabilirliğinin temel meselesi; ceza hukukunun koruduğu hukuki değeri ihlal eden durumun, en başta kavranması, sonra tanımlanması ve en sonunda sınırlarının belirlenebilmesi meselesidir.⁵³

Suçların icrai-ihmalî şeklinde ikili bir tasnife tabi tutuluşu ve bu yöndeki kavramsallaşma süreci, Batılı –özellikle Alman– hukukçuların eliyle tamamlanmıştır. Öyle ki, Avrupa’da icra ve ihmal, XIX. yüzyılın başından itibaren kanun koyucular tarafından eşit kabul edilmeye başlanmış ve bu durum ceza kanunlarına (CK) yansımıştır. Örneğin, 1809 tarihli Hollanda CK m.97, Avusturya CK m.2, İtalya CK m.40/II, Portekiz CK m.10/no. 2, Brezilya CK m.13/2, 1962 tarihli Amerika Birleşik Devletleri CK m.2.01 III, 1987 tarihli İsviçre CK tasarısı m.10.⁵⁴

Dönmezer’e göre, suçlar maddiyetleri itibariyle ikiye ayrılır: İcrai suçlar ve ihmali suçlar. İcrai suçlar kanunun işlenmesini yasak ettiği birtakım fiillerin icrası suretiyle teşekkül eder; buna mukabil ihmali suçlar kanunun icrasını emrettiği

⁵¹ Rahime ERBAŞ (2019), *Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 8-9.

⁵² Fatih YURTLU 2020, age, s.11.

⁵³ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 6.

⁵⁴ Hakan HAKERİ 2003 age, s. 37.

muayyen fiilleri işlemekten ibarettir.⁵⁵ Artuk ve arkadaşları ile Yılmaz'a göre; suçlar maddi unsurları açısından hareketin yapılış şekli ve mahiyetine, gerçekleşen neticeye, suçun konusuna, hareket ile neticenin ilişkisine ve neticenin mahiyetine göre sınıflandırılmaktadır. Hareketin yapılış şekli açısından suçları ayırmak mümkündür. Bu açıdan suçlar; icrai, ihmali ve ihmali suretiyle icrai olmak üzere üçe ayrılırlar.⁵⁶⁻⁵⁷ Bazı suçlar pozitif (icrai), bazıları da negatif (ihmali) bir hareket ile yapılırlar. Birincilere müsbet (icrai suç) (reati commissivi), ikincilere negatif (ihmali suç) (reati omissivi), adı verilir. İcrai suçlar, kanunun yapılmasını yasakladığı fakat buna rağmen fail tarafından bir pozitif hareket ile yapılan suçlardır. İhmali suçlar ise kanunun yapılmasını istediği fakat fail tarafından yapılmayan hareketlerdir. Burada kanun failin hareketsiz kalmasını cezalandırmaktadır (TCK m.98).⁵⁸ Normun aktif bir insan davranışıyla ihlal edildiği suçlarda icradan; pasif bir insan davranışıyla ihlal ettiği suçlarda ihmalden bahsedilir. Kanuni tipte, yalnızca emredilen davranışın yapılmaması suçun oluşması için yeterli ise “saf (gerçek) ihmali suç”; suçun oluşması için tipte emredilen davranışın yapılmamasıyla birlikte neticenin de meydana gelmesi gerekiyorsa “garantörsel (görünüşte) ihmali suç” söz konusudur.⁵⁹

Bir icra hareketiyle işlenen bütün suçlar icra suçlarıdır. Bunlar arasında adam öldürme, hakaret, ırza saldırı, hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçları saymak mümkündür. Bir ihmali hareketiyle işlenen bütün suçlar ise ihmali suçlarıdır. Bunlar arasında, bir devlet memurunun, görevini yaptığı sırada işlendiğini öğrendiği resen kovuşturmayı gerektiren bir suçu kovuşturma yapacak makamlara bildirmemesi, bir kimsenin yasaya aykırı olarak hapsedildiğini haber alan yetkili memurun, o kimsenin serbest bırakılması için gerekli işlemi yapmaması, savsaklaması, devlet kuvvetlerine karşı işlenen cürümleri öğrenen herhangi bir kişinin bunu hükümete haber vermemesi gibi suçları sayabiliriz.⁶⁰ İhmalin anlamı yapmamaktır. İhmali hareketin özü, belli bir şekilde hareket etmeme, belli bir fiili yapmamadır. İhmali hareket

⁵⁵ Sulhi DÖNMEZER (1944), “İhmali Suretiyle İcra Suçları”, *İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. IX (3 – 4) s. 473-494, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/97222>. ET. 19.05.2021

⁵⁶ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Mehmet Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR (2017), *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 647.

⁵⁷ Zahit YILMAZ (2018), “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24 (1), s. 122-131.

⁵⁸ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 258.

⁵⁹ Fatih YURTLU 2020, age, s. 12.

⁶⁰ Uğur ALACAĞAPTAN 1975, age, s. 47-48.

yerine icrai hareket yapmanın ihmali hareketle ilgisi yoktur. İhmale özelliğini veren negatif tavidir. Bu, hukuk alanında da hayatta da böyledir. İhmal, insandan beklenen hareketi yapmamaktır. Hukuk normunun yapılmasını istediği fakat fail tarafından yapılmayan harekettir.⁶¹

Öğretide ihmali suçlar; “gerçek (saf) ihmali suçlar” ve “görünüşte (garantörsel) ihmali suçlar” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁶² Birinciler, yapılması gereken hareketin yapılmamasıyla oluşan suçlardır. Söz gelimi, suçu ihbar etmeme suçları gibi. İkincilerde ise, ihmalin maddi bir sonuca neden olması gerekir. Söz gelimi, annenin emzirmemesi sonucunda yeni doğmuş bebeğin ölmesi gibi.⁶³ İcrai suçlardan anlaşılması gereken, ilgili suç tipinde düzenlenen suçun işleniş biçiminin, yapma şeklindeki bir insan davranışına bağlandığı suçlardır. Dolayısıyla, burada suç failinin aktif bir faaliyette bulunması gereklidir. İhmali suçlarda ise icrai suçlardan farklı olarak, ilgili suç failinin, suçta belirtilen neticeyi yapmama şeklindeki davranışıyla, yani sırf ihmaliyle gerçekleştirilmesi söz konusudur.⁶⁴

“Gerçek ihmali suçlarda”, ihmali davranışın ne olduğu bizzat suç normu tarafından gösterilmekte ve normda emredilen davranış gerçekleştirilmediğinde suç da tamamlanmaktadır. Örneğin; “yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım edilmemesi ya da durumun derhal ilgili makamlara bildirilmemesi” halinde, TCK m.98/1’de tanımlanan (yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi) “gerçek ihmali suç tipi” tamamlanmış olur. İhmali suçların diğer türünü -belki de kuramsal olarak daha önemli kısmını- oluşturan “görünüşte (garantörsel ya da gerçek olmayan) ihmali suçlarda” ise, aslında icrai davranışla işlenebilen bir suç tipinin ihmali davranışla işlenmesi söz konusudur.⁶⁵ Bunlar aslında bir icra hareketiyle işlenmelerine rağmen, ihmal hareketiyle de işlenmeleri mümkün olan suçlardır. Adam öldürme bu tür suçların tipik bir örneğini teşkil eder. Adı geçen suçlara ihmal suretiyle icra suçları da denilmektedir.⁶⁶ Örneğin; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 81. maddesinde

⁶¹ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 248.

⁶² Zahir YILMAZ 2018, age, s. 122-131.

⁶³ Nevzat TOROSLU (2006), *Ceza Hukuku-Genel Kısım*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, s. 119.

⁶⁴ Bernd HEINRICH (2014), *Ceza Hukuku-Genel Kısım/I*, Çev. Yener ÜNVER, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 96.

⁶⁵ Fatih YURTLU 2020, age, s. 6.

⁶⁶ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age, s. 47-48.

düzenlenen kasten öldürme suçu, kural olarak icrai hareketle işlenir. Bununla beraber, bir kimse yükümlülüğünü yerine getirmemek suretiyle, yani yapabileceği bir şeyi yapmayarak da bir başkasının ölümüne yol açmış olabilir. Bu durumda ise karşımıza “ihmali davranışla kasten öldürme” suçu çıkmaktadır. İhmali davranışla kasten öldürme, TCK’nın 83. maddesinde müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir.⁶⁷

İhmal suretiyle icra suçlarına; görünüşte ihmali suç, gerçek olmayan ihmali suç, nitelikli ihmali suç, garantörsel ihmali suç isimleri de verilmektedir.⁶⁸ Freund, gerçek olmayan ihmali suç terimi yerine "icra eşiti ihmali suç" (begehungsgleiches Unterlassungsdelikt) kavramını, gerçek ihmali suç terimi yerine de "İcra eşiti olmayan ihmali suç" (nichtbegehungsgleiches Unterlassungsdelikt) kavramını kullanmaktadır.⁶⁹ Hakeri, bu konuda mealen şunları söylemektedir: İhmali hareketin kanunun özel kısmında suçun unsuru olarak belirlendiği suç tiplerine "saf ihmali suçlar"; buna karşılık kanunun özel kısmında suçun unsuru olarak -görünüşte- icrai bir hareketin belirlenmiş olmasına rağmen ihmali bir hareketle işlenen suçlara ise "garantörsel ihmali suçlar" adını vermenin bu suç tiplerini ifade etmekte en uygun olacağını düşünmekteyiz. Bu noktada açıklamak isteriz ki, "ihmal suretiyle icra suçu" kavramı "gerçek olmayan ihmali suç" kavramına nazaran daha tercihe şayan gözükmekteyse de bizce bu kavram, suçun icrai suç olduğu İzlenimi uyandırması dolayısıyla isabetli bir kavram değildir. Aynı şekilde garantörsel ihmali suçlar için "görünüşte ihmali suçlar" kavramının kullanılması düşünülebilir. Ancak bizce, burada görünüşte olan ihmal değil icradır. Dolayısıyla bu terim de isabetli bir terim olmaz. Bu noktada sonuçta ihmali bir suç olduğunu ifade eden ve fakat tipiklik noktasında icrai suçlara benzerliğini de vurgulayan "icra benzeri ihmali suçlar" kavramının kullanılması da tercih edilebilirdi. Ancak biz bu tür suçun en belirleyici, en tipik özelliğini öne çıkaran ve daha anlaşılır olması itibariyle "garantörsel ihmali suçlar" ifadesini kullanmayı üstün tutmaktayız. Bununla beraber, bu çalışmada, bu yeni terimden ziyade, öğretilerde de bazı yazarlar tarafından kullanılması dolayısıyla, "nitelikli ihmali suç" kavramını kullanacağız.⁷⁰

⁶⁷ Fatih YURTLU 2020, age, s. 7.

⁶⁸ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 99.

⁶⁹ Georg FREUND (1992), *Erfolgssdelikt und Unterlassen: Eine Untersuchung zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*. Köln, Berlin, Bonn, München, Heymanns, Carl, s. 177, Aktaran Hakan HAKERİ 2003, age, s. 25.

⁷⁰ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 25-26.

1.2.2 Tarihçe

1.2.2.1 Eski Çağlarda İhmali Suçlar

Tarihsel süreç bakımından ele alındığında ihmali suçlara ilişkin ilk veriler çok eskilere dek uzanır. Eski doğuya ait yeni bulunan bir kanunname, en son zamanlarda Irak Müzesinin, Bağdat'ın yakınında ve güneyinde Tel Abu Harmal höyüğünde büyük başarı ile yaptırmakta olduğu hafriyatla meydana çıkmıştır. Orada Hz. İsa'dan önce ikinci bin yılın birinci çeyreğinde küçük bir kasaba vardı ki, bu kasaba vaktiyle Babilonya'ya değil, onun kuzeydoğu sınırında bulunan hürriyet seven Eschnunna devletine aitti. Bu şehre atfen Eschnunna kanunları adını alan kanunname iki kopya olarak kil tabletler üzerinde mevcuttur ve Alman—Amerikan alimi Albrecht Götze tarafından Bağdat'ta çıkan "Sümer" dergisinde neşrolunmuştur. Eschnunna kanunları tam manasıyla kanunname adını taşımağa lâyık değildirler. Bilâkis, bunlar daha ziyade, bir düzen sistemine dayanmayan bir takım hukukî hükümlerin iğreti olarak birbiri ardınca sıralanmasından ibarettir. Üstelik çok kere piyasa malları hakkında fiyat talimatnameleriyle dolmuştur ki, esas itibariyle bunların bir kanunnamede yeri yoktur. Asıl kanun hükümleri gemi seyrüsefer hukukuna, iş mukavelelerine avlu ve sükûneti ihlâl ve evlenme hukukuna, haksız yere rehin alma, evlât edinme, zarar ziyan tazminatı, insan ve hayvanların yaptığı bedenî zararlar, alım satım hukukuna, köle hukukuna ve duvar çöküntülerine taallûk etmektedir. Hayvanların meydana getirdikleri yaralamalara ait burada mevzu bahis olan bir misalde, Eschnunna kanunnamesi kodeks Hammurabi'den daha serttir. Resmen kendisine tebliğ edildiği halde, süsmesiyle tanınmış öküzünün boynuzlarını zararsız bir hale sokmak için kesmeyen öküz sahibi, bu yüzden köle olmayan bir vatandaşın ölümüne sebep olursa 2/3 mine gümüş ödemek mecburiyetindedir. Hammurabi'de ceza 1/2 gümüşe indirilmiştir. Bunun yanında Eschnunna kanunlarında bir kuduz köpeğin bir insan ısırması halî mütalâa edilmektedir. Bu, eski zamanlarda kuduzun zikredilmesinin en eski tarihidir (Hammurabi'de kuduzdan bahis yoktur) Köle olmayan bir kimse köpeğin ısırmasından ölürse, köpek sahibi 2/3 mine gümüş öder, bir köle ölürse 15 sekel (125 gr.) gümüş öder.⁷¹ Söz konusu bu düzenlemeler; hayvan sahibinin ihmali nedeniyle bir kimsenin ölmesi durumunda faili cezalandırdığı için bir “görünüşte ihmali suç” özelliği göstermektedir. Bilinen en eski ve ayrıntılı kanunnameden bir

⁷¹Ernst WEIDNER (1950), *Dünyanın En Eski Kanunnameleri (Eski Şarkta Yeni Buluntular)*, Çev. Hasan SEVİMCAN, Neue Zürcher Zeitung Samstag, 25 Februar 1950, Blatt 1 Fernausgabe Nr. 55, s. 379-383.

diğeri olan “Hammurabi Kanunları’nda” da ihmali suçlara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.⁷²

1.2.2.2 Eski Yunan ve Roma’da İhmali Suçlar

Ortadoğu medeniyetlerinde olduğu gibi Avrupa medeniyetlerinde de eski dönem hukukçuları, ihmali suçlara ilişkin analitik değerlendirmeler yapmaktan ziyade, muayyen ve münferit vakıalar üzerinden muhakeme yapmakla yetinmişlerdir. Avrupa medeniyetlerinde ihmali suçlara ilişkin ilk değerlendirmelerden biri, Antik Yunan filozofu Platon tarafından yapılmıştır. Platon; “Kanunlar” adlı eserinde; ihmali davranışın da icrai davranış kadar kusurlu bir eylem olabileceğini, dolayısıyla bir cinayeti bilmesine rağmen bunu yetkili makamlara bildirmeyen kimsenin de “tıpkı katil gibi” sorumlu tutulması gerektiğini savunmuştur. Platon şöyle der: “Bir katil hâdisesini bildiği halde ihbar etmeyen kimse bizzat bunu ika eden kadar şiddetle tecziye olunacaktır.”⁷³

Dönmezer’e göre, mevzuat bakımından ihmali suçlar hakkında ilkin şununla karşılaşılır: İlk defa Roma Hukukunda Faulüsün (Lois 109, û. de Reg. Jur) bir metni bu hususa müteallik bir işareti muhtevi bulunmaktadır. “Nullum erimen patitur is qui non prohibet, cum prohibere non potest.” Bu kaidenin mefhumu muhalifinden bir cürmün önüne geçmeğe muktedir olan kimse bunu yapmazsa mes’ul olarak telâkki edileceği istintaç olunabilir. Fakat mevzubahis metin, içinde baba ve sahibin (maitre) mesuliyetlerinin tetkik olunduğu bir kısma dahil bulunduğu için ancak çocuk ve esir tarafından takınılacak ihmal suretiyle icra vaziyetleri hakkında kabili tatbik olduğunu söylemek lâzımdır.⁷⁴

1.2.2.3 İslam Hukukunda İhmali Suçlar

İslam hukukunda hukuki himayenin konusu olan, fert ve toplum açısından da son derece önem arz eden zaruri maslahatlar; hayat, din, akıl, nesil ve mal olmak üzere beş başlık altında toplanmıştır. Bütün semavi dinlerde teminat altına alınan ve İslam’ın da korumayı hedef edindiği bu maslahatları ihlal eden her tür davranış dinimizce suç kabul edilmiş, suç failleri ise çeşitli müeyyidelerle cezalandırılmıştır. İslam ceza hukukunda günümüz hukuk sistemlerinde olduğu gibi genel hükümler,

⁷² Fatih YURTLU 2020, age, s. 13.

⁷³ Sulhi DÖNMEZER 1944, age, s. 473-494.

⁷⁴ Age, s. 473-494.

özel hükümler gibi bir ayırım yapılmamıştır. Klasik İslam hukukçuları ceza hukuku ile ilgili meseleleri İslam hukukunun genel yapısına uygun olarak meseleci (kazuistik) bir metotla ele almışlardır. Diğer bir ifadeyle umumi esasları belirleyen genel bir suç teorisi ortaya koymak yerine, suçlar kazuistik metotla tek tek ele alınarak incelenmiştir.⁷⁵ Suç ve cezai sorumluluk kavramları pek az gelişmiştir. Hafifletici sebepler konusu ise mevcut değildir. Teşebbüs, suç ortaklığı ve muvafakat nazariyesi de yoktur. Öte yandan şahsi intikam, hadd cezaları, ta'zir, zecri ve önleyici tedbirler ayırımı ile birlikte ceza nazariyesi geniş bir fikir çeşitliliği arz eder.⁷⁶ Schacht'a göre, ihmal kavramı İslam Hukukunda bilinmemektedir.⁷⁷ Akalın ve Kurban ise, İslam Hukukunda, maddi unsurun bir bölümü olan hareketin şekli esas alınarak yapılan tasnifte suçların; icra suçları, ihmal suçları ve ihmal yoluyla icra suçları olarak üç bölümde ele alındığını ifade etmektedirler.⁷⁸⁻⁷⁹ İslamiyet'in ilk dönemlerindeki hukuk uygulamasının temel kaynağı ve ilahi risaletler bütünü olan Kuran'da iki çeşit norm bulunmaktadır. Bunlar; bir şeyin yapılmasını isteyen "emredici normlar" ve bir şeyin yapılmamasını emreden "yasaklayıcı normlar" olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir davranışın yapılmasını emreden hükümlere (emredici normlar) uyulmadığında "ihmali davranıştan"; bir davranışın yapılmasını yasaklayan hükümlere (yasaklayıcı normlar) uyulmadığında ise "icrai davranıştan" bahsedilir. Bununla beraber, yapılması ve yapılmaması gereken şeyler Kuran'da çoğu zaman birlikte zikredilmiştir. Bir başka ifadeyle, çoğu yerde emir ve yasaklar aynı norm içerisinde yer almaktadır. Bu doğrultuda emsal teşkil edebilecek bazı ayetlerin Türkçe anlamları şu şekildedir: 1) Nahl Suresi 90. ayet: "Ey insanlar! Allah özellikle hakkın dağıtımında adaleti, salih/muhkem-kesin hükümlere uygun olumlu ameller gerçekleştirmeyi ve ihtiyacı olan akrabaya, neye ihtiyacı varsa gidermek üzere yardım etmeyi emretmektedir. Bunun dışında rızaya dayanmayan ve kanun dışı cinsel münasebeti, dürüst davranıp sözünde durmayı ve israfı, yani herhangi bir konuda (Dini uygulamalar dahil) aşırı gitmeyi yasaklamaktadır. İşte Allah, düşünüp öğüt almanız ve yanlış yapmamanız için sizi böyle bilgilendiriyor." gibi bazı fiiller

⁷⁵ Adnan AKALIN (2013), "İslam Hukuku Açısından Suçun Unsurları", *e-Şarkiyat İlmî Araştırmalar Dergisi* -www.e-sarkiyat.com- ISSN: 1308-9633, S. X, s. 50-72.

⁷⁶ Joseph SCHACHT (1986), *İslam Hukukuna Giriş (An Introduction to Islamic Law)*, Çev. Mehmet Dağ, Abdülkadir Şener, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 192.

⁷⁷ Age, s. 188.

⁷⁸ Yasin KURBAN 2019, age, s. 411-448.

⁷⁹ Adnan AKALIN 2013, age, s. 50-72.

emredilirken (emir normu), bazı fiiller ise yasaklanmaktadır (yasak normu).⁸⁰ 2) Nisa Suresi 2. ayet: “Yetimlere mallarını tam verin. Kendi habis/kötü-pis/haksız elde etmiş olduğunuz mallarınızı onların temiz olanlarıyla değiştirmek ve mallarına el koyup, kendi malınızmiş gibi yemek üzere sahiplenip evlenmeyin. Böyle yapmak, gerçekten büyük bir hak yeme suçudur. Eğer böyle bir hak yeme durumu olacağından endişe eder ve adaletli davranmayacağınızdan korkarsanız, onlarla sakın evlenmeyin. Böylesine hak yeme amaçlı bir hata yaptıktan sonra, maddi gücünüze göre iki, üç, dördü gibi ne kadarına gücünüz yetiyorsa onların evlenmelerini sağlayın ve evlendirin. Çünkü nikahlı bir eşiniz varken, onlardan siz alırsanız, adaletli davranamama korkusu yaşarsınız. Bu nedenle, korumanıza alma ile ilgili olmasına rağmen, bu tek bir kadınla evlenmeyi tercih etmenize yönelik önerimiz, haksızlığa ve adaletsizliğe sapmamanız için en uygundur.” 3) Nisa Suresi 125. ayet: “Gerçekten de Allah’a teslim olan/Allah’ın tek ilah oluşunu ve bildirdiği gerçekleri kabul eden ve salih/muhkem-kesin hükümlere uygun olumlu ameller işlemiş ve atalarına uymayıp Allah’a hiç şirk-ortak koşmayarak hanif olmuş İbrahim’in tek ilahlı dinine uymuş olanın sahip olduğu dinden daha güzel başka bir dine kim sahip olabilir ki? Bu nedenle zaten Allah, İbrahim’i dost edinmiştir.”⁸¹

İslam Hukukunda derli toplu, sistematik olmasa da çeşitli konulara dağılmış, değişik bap ve başlıklar altında işlenmiş oldukça zengin bir malzemenin varlığı aşikârdır. Genelde İslam hukukunun tarihi seyrine, özelde ise İslam ceza hukukuna baktığımızda hukuk faaliyetlerinin ve kodifikasyonun üç aşamada tekâmül etmiş bir teknik sistem bütünlüğü olduğu görülür. Bunlar kazuistik/meseleci teknik (klasik dönem), kazuistik-soyut (mecelle vb. kodifikasyonlar) ve soyut/mücerret teknik (Tanzimat sonrası başlayıp; Osmanlı sonrası günümüze uzanan çağdaş dönem). Klasik dönem İslam hukukçuları, suç genel teorisinde meseleci metodun etkisiyle suçun genel unsurlarını sistematik olarak ele almamışlar bunun yerine her suçun özel unsurlarını, o suçu incelerken ayrı ayrı ifade etmişlerdir. “Cüziyyatı cüziyyat içinde ele almak” olarak ifade edilebilecek olan bu durum, sistematik bir suç genel teorisinin oluşturulmasına kısmen engel olmuştur. Bununla birlikte dağınık da olsa İslam ceza hukukunda ciddi bir alt yapının olduğu ifade edilmelidir.⁸²

⁸⁰ Fatih YURTLU 2020, age, s. 17.

⁸¹ Gazi ÖZDEMİR (2013), *Allah’ın Tek Dini İslam’a Son Davet – KUR’AN*. 1. Baskı, Şira Yayınları, İstanbul, s. 626-661.

⁸² Yasin KURBAN 2019, age, s. 411-448.

Telkenaroğlu mealen şöyle demektedir: Bütün diğer hukuk sistemleri gibi İslam hukuku da normatiftir. Bunun doğal sonucu olarak, yapılmaması istenen fiillerin işlenmesine ödetme (cevâbir) ve önleme (zevâcir) amaçlı müeyyideler öngörmüştür. Yapılması emredilen ödevlerin terkinde de yine bu kabilden yaptırımlar getirmiştir. Nitekim pozitif yükümü ifade eden “emir norm”a karşı hareketsiz kalmak, negatif yükümü ifade eden “yasak norm”a karşı gelmek kadar ağır sonuçlar doğurabilmektedir. Bu doğrultuda, hukukun “yapma!” dediğini yapmak icrai bir suç iken, “yap!” dediğini yapmamak ihmali bir suçtur.⁸³ Lakin Telkenaroğlu şunu da belirtir ki İslam hukukunda ihmal suçu, her tür hareketsizlik için değil, ancak şer‘an ve örfen kaçınılması yasaklanan fiiller için bahse konu edilmiştir. Burada hukuki ve örfi (Yazarın notu: “Akla ve dine uygun olan, doğru kabul edilen ve sağduyulu kimselerce reddi imkânsız”) bir yükümlülüğün bulunması zorunlu görülmektedir. Yükümlülüğün doğması için “şer‘an ve örfen” emredilmiş olması gerektiğine dair kayıt, üstü kapalı olarak hem kanunların hem de sözleşmelerin muktezasını içine almaktadır.⁸⁴

1.2.3 Gerçek (Saf) İhmali Suçlar

1.2.3.1 Genel Mülahaza

İhmal suçlarında (=Unterlassungsdelikte), icradan farklı olarak deneysel bir gerçeklik bulunmayıp, cezai açıdan zorunlu olan ve kişiden beklenen davranışın gerçekleştirilmemesi söz konusudur. Fail, hukukun kendisinden beklediği davranışı, bunu yapabilecek durumda olduğu halde yapmamakta ve nedensellik gelişimine müdahale etmemektedir.⁸⁵

Yapılması gereken bir hareketin yapılmaması ile oluşan ihmali suçlarda, “ihmal”, suçun hareket alt unsurudur. Örneğin, TCK’nın 257/2. maddesi; “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi... cezalandırılır.” şeklindeki hüküm ile gerçek anlamda bir ihmali suç düzenlenmiştir. Burada, kamu görevlisinin (memurun) görevini hiç yapmaması veya gecikerek yapması cezalandırılmakta olup,

⁸³ Merter Rahmi TELKENAROĞLU 2016, age, s. 287-330.

⁸⁴ Age, s. 287-330.

⁸⁵ Fatih YURTLU 2020, age, s. 8.

suçun hareket alt unsuru “ihmal” olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁶ Bu suçlara bir başka emsal olarak 5237 sayılı TCK’nın 97’nci maddesinde düzenlenen terk suçu ve 98’inci maddesinde düzenlenen yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu gösterilebilir.⁸⁷

Gerçek ihmali suç, kanuni tanımda suçun gerçekleşmesi için ihmalin arandığı fiillerdir. Yani kanuni tanımda ihmali hareketin açıkça belirtildiği fiillerdir. Failin pasif kalması suretiyle, istenilenin yapılmaması suretiyle işlenmesinin arandığı suçlardır. Gerçek ihmali suçlar kasten icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün ihmal edilmesi suretiyle gerçekleştirilmektedirler. Olası kast yeterlidir. Gerçek ihmali suçlar, sırf hareket suçları kapsamındadır. Yani bu tür fiillerde ihmalin yapılması suçun oluşması için yeterlidir. Ayrıca bir neticenin meydana gelmesi aranmayan suçlardır. Akbulut’a göre; TCK’nın 98 ve 257/2 dışında 278, 279, 280, 175, 176. maddelerinde yer alan suçlar gerçek ihmali suçlardır.⁸⁸

Özgenç’e göre; davranış normlarından kaynaklanan bu icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün salt yerine getirilmemesi, bir haksızlık teşkil eder. Bu haksızlıkların önemli bir kısmı, TCK’da suç olarak tanımlanmıştır. Örneğin, kişinin,

- yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye yardım etmemesi ya da durumu derhâl ilgili makamlara bildirmemesi (m.98, f.1),

- kaybedilmiş olması nedeniyle malikinin zilyedliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirilen eşyayı iade etmemesi veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmemesi (m.160),

- bir hukukî ilişkiye dayalı olarak elde ettiği eşyanın, esasında suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edildiğini öğrenmesine rağmen, suçu takibe yetkili mercilere vakit geçirmeksizin bildirimde bulunmaması (m.166),

- akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü ihmal etmesi (m.175),

- inşaat veya yıkım faaliyeti sırasında gerekli olan tedbirleri almaması (m.176),

- gözetimi altında bulunan hayvanı kontrol altına almada ihmal göstermesi (m.177),

⁸⁶ Kayıhan İÇEL 2016, age, s. 269.

⁸⁷ Zahit YILMAZ 2018, age, s. 122-131.

⁸⁸ Berrin AKBULUT 2019, age, s. 272-308.

- herkesin gelip geçtiği yerlerde yapılmakta olan işlerden veya bırakılan eşyadan doğan tehlikeyi önlemek için gerekli işaret veya engelleri koymaması (m.178),

- işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmemesi (m.278, f.1, f.2),

- kaçak olan tutuklu veya hükümlüyü bildirmemesi (m.284, f.1),

- bir suça ait delillerin saklandığı yeri bildirmemesi (m.284, f.2).

Keza, kamu görevlisinin,

- kişinin hatasından yararlanarak, kendisine veya başkasına yarar sağlaması (m.250, f.3),

- denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesine imkân sağlaması (m.251, f.2),

- görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlaması (m.257, f.2),

- kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili mercilere bildirimde bulunmayı ihmal etmesi veya bu hususta gecikme göstermesi (m.279, f.1),

- sulh zamanında seferberlikle ilgili görevlerini ihmal etmesi veya geciktirmesi (m.324), bir yükümlülüğün salt yerine getirilmemesi olarak, suç teşkil etmektedir.

Kanunda serbest hareketli suç olarak tanımlanmış olan suçlar, icraî davranışla işlenebileceği gibi ihmalî davranışla da işlenebilir. Taksirle ölüme sebebiyet verme (m.85), taksirle yaralamaya sebebiyet verme (m.89), terk (m.97, f.1), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (m.109, f.1), konut dokunulmazlığının ihlâli (m.116, f.1) ve zimmet (m.247), bu suçlara örnek olarak gösterilebilir.

Çok hareketli suç niteliği taşıyan dolandırıcılıkta, suçu oluşturan icra hareketlerinden hile, icraî davranışla gerçekleştirilebileceği gibi ihmalî davranışla da gerçekleştirilebilir (m.157).⁸⁹

⁸⁹ İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 303-378.

1.2.4 Görünüşte İhmali Suçlar

1.2.4.1 Genel Mülahaza

Bu tür suçlar aslında icrai nitelikte olmakla beraber, somut olayda ihmali bir hareketle de gerçekleştirilebilmektedir. “İhmal suretiyle icra” olarak isimlendirilen bu türden davranışların icrai bir hareket gibi sorumluluğa yol açabilmesi için eskilerden bu yana öğretilerde öngörülen koşulları, TCK’nın 83. maddesi açık bir şekilde düzenlemiştir.⁹⁰ “Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” başlığı altında (TCK m.83) kasten öldürme suçunun ihmal suretiyle işlenmesi halinin hangi koşullarla mümkün olacağına ilişkin bir düzenleme mevcut ise de TCK’nın 88 inci maddesinde düzenlenen kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu açısından da bu koşullara atıf yapılmıştır. 5237 sayılı TCK’nın 83’üncü maddesinde; “(1) 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. (2) 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” denilmek suretiyle ihmal suretiyle icra suçlarına ilişkin aranan şartlar düzenlenmiştir.⁹¹

765 sayılı eski TCK’da ihmali suçlara ilişkin doğrudan bir düzenleme olmamasına rağmen, uygulamada özellikle ihmali davranışla gerçekleştirilen öldürme fiilleri yorum yoluyla cezalandırılmaktaydı. Bununla beraber 5237 sayılı TCK; 765 sayılı eski TCK’dan farklı olarak ihmali suçlara ilişkin açık düzenlemeler yapmıştır. Her ne kadar 5237 sayılı TCK’da Alman Ceza Kanunu ve İsviçre Ceza Kanunu’ndaki gibi genel hükümler kısmında bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da kanunun özel hükümler kısmında; “kasten öldürme (TCK m.83), kasten yaralama (TCK m.88) ve işkence (TCK m.94/5)” gibi temel suç tiplerinin ihmali davranışla da işlenebileceğine yönelik açık düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemeler Türk ceza hukukunda ihmali suçlara ilişkin önemli bir dönüm noktası olmuştur. Bununla beraber, 5237 sayılı TCK; Alman Ceza Kanunu ve İsviçre Ceza Kanunu’nda olduğu

⁹⁰ Kayıhan İÇEL 2016, age, s. 269.

⁹¹ Fatih YURTLU 2020, age, s. 12.

gibi ihmali suçlara ilişkin olarak kanunun genel hükümler kısmında bir düzenleme yapmamış, yalnızca Kanun'un özel hükümler kısmında sayılan suç tiplerinin ihmali şeklini düzenlemekle yetinmiştir.⁹²

Acaba, ihmal suretiyle icra suçları adı verilen bu gruba Ceza Kanununun, basit icraî hareketleri tecziye eden ahkâmı tatbik olunabilir mi? Olunabilirse hangi formüle nazaran ve hangi ölçüde olarak? Daha umumi olarak, husule gelmekte olan bir zarara şahit olan bir kimse, bu zararlı neticenin hasıl olmasını istediği için ona mâni olmazsa, zararın husulüne bizzat kendi sebep olmuş gibi cezalandırılmalı mıdır? Güçlük büyük bir kısmı itibariyle, bir zararın husule gelmekte olduğuna şahit olan kimsenin muhafaza eylediği içtinap vaziyetinin aynı zamanda, hem bir "harekete geçmek vazifesinin ihlâli ve hem de kanunun men eylediği neticenin husule gelmesinde bir âmil olarak gözükmemesinden" ileri geliyor.⁹³

1.2.4.2 Tanımlar

Suç normları, kişileri belirli davranışlar karşısında icrai suçlarda yapmamakla; ihmali suçlarda yapmakla yükümlü kılmaktadır. Güvencecilik (teminat yükümlülüğü, garantörlük) de suç normu olmaksızın bir başka yükümlülüğü ifade etmektedir. O halde bu kavramla, kanaatimce, suç normlarının sonucu olan yükümlülüğün yanında bir taraftan suç normundan önce var olan bir diğer taraftan da suç normunu ihmali suçlarda meydana getiren bizim "güvenceci/güvence sağlayan/teminat yükümlüsü" olarak adlandıracağımız bir başka kavramla karşılaşmaktayız.

1.2.5 Hareket Kuramları Açısından İhmal

Bir suçtan söz edebilmemiz için her şeyden önce bir hareket icra edilecektir. Bu fiil, tabii anlamda gözle görülebilen bir hareket, bir değişiklik olabileceği gibi aynı zamanda hem görülebilen hem duyulabilen ve hem de hissedilebilen bir değişiklik de olabilir. Suçun varlığı için ilkin dünyada meydana gelen bir değişiklik olmalıdır. Eğer dünyada bir değişiklik meydana gelmemiş ise cezalandırılacak bir hareket yoktur. Aksi halde kişinin düşüncesi cezalandırılmış olurdu ki düşünce Roma

⁹² Age, s. 7.

⁹³ Sulhi DÖNMEZER 1944, age, s. 473-494.

Hukuku'ndan beri cezalandırılmamaktadır. “Cogitationis poenam nemo patitur.”⁹⁴ Doktrinde yürürlükten kalkmış bulunan 765 sayılı TCK' un 135/2, 578, vs. maddeleri hükmüne bakılarak, icra veya ihmal hareketi yanında, bir “durumun” da suçu oluşturabileceği ileri sürülmüştür. Bu çeşit suçlara “durum suçları” veya “salt şüphe suçları” denmektedir. Eski TCK m.135⁹⁵ şu şekilde idi:

“MADDE 135. (Değişik madde: 11/06/1936 t. 3038 s. K. m.1)

Her kim:

1- Devletin askeri menfaati icabı olarak girilmesi menedilmiş olan yerlere veya toprak, su veya hava mıntukalarına gizlice veya igfal ile girerse,

2- 132'nci maddenin iki, üç, dört ve beşinci fıkralarında yazılı malumatı tedarik etmiye yarıyan ve elde bulundurulması için makbul sebep gösterilemiyen vesikalarla veya diğer herhangi bir şey ile yakalanırsa, Bir seneden beş seneye kadar ağır hapis cezasile cezalandırılır.

Yukarıki bendlerde yazılı fiillerden biri harp zamanında işlenirse verilecek ceza üç seneden on seneye kadar ağır hapistir.”

Ancak, bu düşünce, genelde kabul görmüş değildir. Denmektedir ki, iddia edilenin tersine, bu çeşit suçlarda cezalandırılan şey, salt bir “durum” değildir, ama bir “harekettir”. Bu çeşit suçları vurgulayan özellik, bir şeye zilyet olmaktır. Bir şeye zilyet olmak ise, kuşkusuz bir harekettir. Ancak, bir şeye zilyet olmak iradi değilse, ortada failin bir fiili olmadığından, o şeyi salt bulundurmuş olma, tabii suç sayılmayacaktır. Bu, ortada bir icra veya ihmal hareketi olmadıkça, bir suçun da bulunmaması demektir.⁹⁶

Genel bir hareket kuramı arayışı, fiilin maddiliği ilkesinin doğal sonucudur. Bunu, maddi insan hareketinin suç genel teorisinde sahip olduğu işlevle açıklayabiliriz. Bireysel özgürlüklerin koruyucusu olmak isteyen bir ceza hukuku, hangi objektif, sübjektif niteliklere sahip hareketin cezai sorumluluk bakımından önemli olduğunu tespit etmek zorundadır. Diğer bir deyişle, hangi nitelikteki insan hareketinin, suçun objektif unsurunu oluşturabileceği önceden belirlenmelidir. Genel hareket teorisinin ikinci bir görevi de yasa koyucunun, münferit kanuni tipleri

⁹⁴ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 216.

⁹⁵ LEXPERA (2022), “765 Sayılı Türk Ceza Kanunu – Mülga”, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-ceza-kanunu-765>, ET. 12.12.2022

⁹⁶ Francesco ANTOLISEI (2000), *Manuale di Diritto Penale*, PG., Quindicesimo edizione aggiornata e integrata da L. Conti, Milano, s. 219, Aktaran Zeki HAFIZOĞULLARI (2021), Türk Ceza Hukuku Ders Notları, DOCZZ, <https://doczz.it/doc/1387671/t%C3%BCrk-ceza-hukuku-ders-notlar%C4%B1?ysclid=lg2he2gqgl95914619>. ET. 04.06.2021

yaratırken ele aldığı hareket modalitelerini (icrai hareket, ihmali hareket, kasıtlı hareket, taksirli hareket) kapsayabilecek yani buna imkân veren soyut bir formüle ulaşmaktır.⁹⁷

Fiil teorilerinin amacı, tüm suç tipleri için geçerli bir hareket kavramına ulaşmaktır. İcrai-ihmali, taksirli-kasıtlı suçları ortak bir temelde toplayan, suçun diğer unsurları ile bağlanma noktası teşkil edebilen bir fiil kavramının ortaya konulması önem arz etmektedir.⁹⁸ Genel hareket teorisi; (i) ceza hukuku bakımından önemli bütün hareketleri (kasıtlı, taksirli, icrai, ihmali) tanımlayabilmelidir (tasnif edici işlev); (ii) tipiklik, kusurluluk ve hukuka aykırılık (ihlâl edicilik) yargılarının konusunu oluşturabilecek, bunlar kendisine atfedilebilecek nitelikte bir hareket kavramına ulaşmalıdır, (sistemik işlev); (iii) ceza hukukunu ilgilendirmeyen, ceza hukuku bakımından önemli olmayan hareketleri en başından beri hareket kavramının dışına çıkartabilmelidir (sınırlayıcı/olumsuz işlev). Önerilen hareket teorileri, tanımlayıcı ve tasvir edici birinci işlevi yerine getirmekte başarılı olamamıştır. Genel hareket teorileri, sistemik işlev açısından ise sınırlı bir başarıya ulaşmışlardır. Sınırlayıcı ve olumsuz işlev açısından, en somut sonuçlara ulaşıldığı söylenebilir. İnsan hareketinin geniş anlamda iradilik boyutu içinde ele alınışı sonucunda, hangi davranışların insana ait sayılıp ceza hukuku alanına sokuldukları konusunda bazı genellemelere ulaşılabilmektedir.⁹⁹

Hareket öğretisinin gelişiminde izlenen temel metodoloji (yöntembilim), hareket kavramını icrai davranış ekseninde geliştirmek ve ihmali davranışı da icrai davranış için yapılan bu kabuller üzerinden değerlendirmek yönünde olmuştur. Gerçekten ceza hukukunun merkezine hareketin yerleşmesi ve bunun üzerinden hareketin ceza hukukunda temel olma, sınırlayıcı olma, bağlantı sağlayıcı olma gibi bazı fonksiyonlarının olabileceği fikri, hareket kavramının tarihi gelişimini başlatmıştır. Bu doğrultuda, bu fonksiyonlara ulaşılabilmesi için kasten icrai suçlar ilk olarak açıkladıktan sonra ihmal de dahil olmak üzere suçun her bir görünüş şeklini kapsayan üst bir hareket kavramı oluşturmak için yürütülen çabalarla ihmale yönelik açıklamalar yapılmıştır.¹⁰⁰ Toroslu'ya göre; ihmali davranışı hareket şeklindeki davranışla birleştirecek bir fiziki-tabiatçı esasa dayandırmak çabasıyla,

⁹⁷ Selahattin KEYMAN 1988, age, s. 121-171.

⁹⁸ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Mehmet Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR (2019), *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 303.

⁹⁹ Selahattin KEYMAN 1988, age, s. 121-171.

¹⁰⁰ Nevzat TOROSLU (2012), *Ceza Hukuku-Genel Kısım*, 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, s. 129.

ihmali davranışın hiçbir şey yapmamak değil, yapılması gereken yerine yapılan hareketten ibaret olduğu ileri sürülmüştür. Ancak bu anlayış ağır itirazlarla karşılaşmıştır. Öncelikle, bir hareketi ihmal eden, yapmayan kimsenin, bir başka hareketi yaptığı iddiası her zaman doğru değildir; örneğin bu kimse uyumaya devam etmek suretiyle bütünüyle hareketsiz de kalabilir. Diğer taraftan, uzun bir zaman içinde yapılması gereken bir hareketin yapılmaması halinde bunun yerine yapılan pek çok hareketten hangisinin, yapılması gerekenin yerini alacağını belirlemek olanaksızdır. Nihayet, yapılması gereken yerine yapılan hareketin hukuk açısından tamamen önemsiz olması veya suçla ilgisiz bulunması da olasıdır. Hatta, bunların tespit edilmesi de gereksizdir. Söz gelimi, bir kimsenin gelirini yasal süre içinde bildirmemesi halinde yargıç bu kişinin o zaman sürecinde ne yaptığını araştırmaz; yargıç yönünden kişinin bildirim yapabilecek iken yapmadığının tespiti yeterlidir. Bu çabanın başarısızlıkla neticelenmesiyle, günümüz öğretisi ihmalin fiziki değil, normatif bir esasa sahip olduğu hususunda görüş birliğine varmıştır.¹⁰¹

Ceza hukukunda fiili açıklayan teorileri; genel olarak ontolojik ve normativist teoriler olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Tipiklik, kusurluluk ve hukuka aykırılık yargılarının konusunu oluşturacak veriyi aramaya yönelik teorileri, her şeyden evvel, ontolojik ve normativist olarak ikiye ayırabiliriz. Hareketi, doğal ve toplumsal gerçeklik içinde tezahür eden biçimi ile ele alan teoriler ontolojik, sadece ceza hukukunun gereksinmelerini göz önünde bulunduran teori de normativisttir.¹⁰² Hareket kuramları, hukuk dışı ve hukuksal kuramlar olarak ikiye ayrılabilir. Bunlardan ilki harekete hukuk öncesi, hukuk dışı (ontolojik) bir temel aramaktadır. Bu kuramlara göre hareket doğabilimsel bir anlama sahiptir. Buna karşılık hukuksal hareket kuramı hareket kavramını normlardan ortaya çıkartmaya çalışır.¹⁰³ Sonuç olarak; genel geçerli bir fiil kavramına ulaşmak isteyen bu teorilerin bir kısmı, insan davranışının doğal/toplumsal gerçeklik içerisindeki tezahür biçimlerini ele alırken (ontolojik yaklaşım), diğer bir kısmı, ceza hukukunun gereksinimlerine cevap veren

¹⁰¹ Nevzat TOROSLU (2006), *Ceza Hukuku-Genel Kısım*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, s. 116-117.

¹⁰² Selahattin KEYMAN 1988, age, s. 121-171.

¹⁰³ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 212.

fiilin, ancak normlar dünyasından çıkarılabileceğini (normativist yaklaşım) ifade etmektedir.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

1.2.5.1 Ontolojik Kuramlar

Bu kuram, fiili ontolojik dünyadaki bir gerçeklik olarak kabul eder, normatif bir değerlendirme yapmadan bütün suçları kapsayacak bir fiil anlayışının mümkün olduğunu savunur ve ceza hukukunun temelini oluşturan fiili doğal ve toplumsal bir gerçeklik olarak ele alır.¹⁰⁶ Ontolojik kuram, hayatın gerçekliği içinde hareket eder. Bu kuramda, olması gereken değil, olan ele alınır.¹⁰⁷ Belli başlı ontolojik kuramlar; doğal (tabii, nedensel, illî) hareket kuramı, amaççı (final, gaî) hareket kuramı ve sosyal hareket kuramıdır. Ontolojik kuramlar, ceza hukukunun konusunu oluşturan insan hareketini, doğal ve toplumsal gerçeklik içinde ele almaktadır. Hareket kavramı, daima gerçeklik ve gerçekler dünyası ile ilişkili bulunduğu için ontolojiktir. Bu nedenle hareketi açıklamak için olması gerekenin (normativist) değil de olanın kanunlarına itibar etmek gerekir. Bütün ontolojik hareket kuramlarının amacı, hukuk öncesi ve hukuk dışı genel bir hareket kavramı oluşturmaktır.¹⁰⁸

1.2.5.1.1 Doğal Hareket Kuramı

Doğal (tabii, illî, nedensel) hareket kuramı, klasik okuldan etkilenmiştir.¹⁰⁹ Ondokuzuncu yüzyılda von Lizst ve Beling tarafından haksızlık ve kusur ayırımına dayanarak geliştirilen ve ondokuzuncu yüzyılın sonuna kadar genel kabul gören klasik sistem, o dönem için belirleyici olan pozitivizm, liberal hukuk devleti düşüncesi ve modern ceza okulunun amaca uygunluk düşüncesi olmak üzere üç akımdan etkilenmiştir. Bu görüşe göre; dış dünyada meydana gelen her türlü oluşun, doğal yasalara göre açıklanabileceğinden hareket edilir ve suç kavramı, hareket, tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere 4 unsura ayrılarak incelenir. Bu sistemde hareket esastır ve dış dünyada değişikliğe yol açan bedensel davranış

¹⁰⁴ Selahattin KEYMAN (1983), “Suç Genel Teorisinin İki Temel Sorunu: Genel ve Soyut Hareket Kavramı-Suçun İncelenmesinde Tekçi ve Tahlilci Yöntemler”, *İçinde, Prof. Dr. Fadıl Hakkı Sur'un Anısına Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları*, Ankara, 193, s. 434, 450.

¹⁰⁵ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Mehmet Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2019, age, s. 303.

¹⁰⁶ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 90.

¹⁰⁷ Muharrem ÖZEN (2017), *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 245.

¹⁰⁸ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 90.

¹⁰⁹ Muharrem ÖZEN 2017, age, s. 246.

olarak algılanır. Hareket, yalnızca belirli neticelerin oluşumuna neden olan, doğal ve objektif bir olgu olarak ele alındığından, belirli bir değerden yoksundur.¹¹⁰ Hareket, kanuni tarife uygun neticenin gerçekleşmesini sağlayan bir illî etkileşimdir. Hareket kavramı, ontik, hukuka takaddüm eden ve değerden yoksun bir kavramdır.¹¹¹

Hareketi tabii veya illî anlamda kabul edenler, hareketin iradi ve bir neticenin sebebi olması ile yetinirler. Böylece, ceza hukukunda önem taşımayan hareketlerin baştan itibaren ayıklanabilmesinin mümkün olduğu da belirtilir. Bu sebeple, illî hareket kuramı hareket kavramını geniş bir yelpaze içinde ve “insan tarafından iradi olarak yapılan davranış” şeklinde açıklar.¹¹² Hareket, bedenin davranışı ve bu davranışın dış dünyada meydana getirdiği değişikliği yani neticeyi nedensellik bağıyla birbirine bağlayan doğal bir olgudur. Ceza hukukunda önem taşıyan hareket, dış dünyada değişikliğe neden olan veya bir değişikliği önlememe şeklinde ortaya çıkan iradi bir insan davranışdır.¹¹³ Bu kurama göre, hareketin bir amacının bulunması gerekmez. Önemli olan, hareketle dış dünyada meydana gelen değişiklik arasında nedensellik ilişkisi bulunmasıdır. O yüzden, bu kurama “nedensel hareket teorisi” denilmektedir.¹¹⁴

Doğal Hareket Kuramı’nın başlıca çıkış noktaları şu şekilde ifade edilebilir:

1) Hareket yalnız insan davranışdır: Doğa olayları veya hayvanların yaptıkları hareketler hareket mefhumu içinde mütalâa edilemezler. Gerçekten, hayvanların hareketlerine ceza hukuku dahilinde değer veren ve hayvanları hareketleri sebebiyle yargılayan görüş, geçmiş yüzyıllarda kalmıştır. Ancak, bir hayvan herhangi bir kişi tarafından kısırtılmış ve neticenin bu şekilde sebebi olmuş veya bir neticeye ulaşmak için vasıta olarak kullanılmış ise, artık hareketin bir hayvan hareketi olduğu söylenemez.¹¹⁵ Sadece hukuki bir yapıları olduğu için tüzel kişilerin de hareket etme yetenekleri yoktur. Bunlar adına yetkili organları hareket ederler.¹¹⁶

¹¹⁰ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2019, age, s. 169-170.

¹¹¹ İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 153.

¹¹² Ayhan ÖNDER 1992, age, s. 158.

¹¹³ Hans-Heinrich JESCHECK ve Thomas WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil (The General Part of the Criminal Law)*. 5th Edition, Dunckner & Humboldt, Berlin, s. 205, Aktaran Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 212-213.

¹¹⁴ Turhan Tufan YÜCE (1985), *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Turhan Yayınevi, Ankara, 1985, s. 199-200.

¹¹⁵ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 213.

¹¹⁶ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 102.

2) Hareket, insanın bedensel bir davranışıdır: İcra hareketi, kişinin yapmak biçiminde nesnelleşen davranışıdır. Öğretide, icra hareketi, normca korunan menfaati veya kanun koyucunun cezalandırmak suretiyle ulaşmak istediği kamusal menfaati ihlale elverişli bedensel devinim olarak tanımlamaktadır. Bu, en başta dış organların, yani genelde el, kol ve bacakların bir devinimi olmakla birlikte, bir sözle (örnek: sözle hakaret) veya vücudun bir kıvılcığı ve hatta, kişinin iradesinin nesnelleşmesi olmak kaydıyla, her çeşit yüz ifadesiyle de ortaya çıkabilir. Ancak, vücudun belirtilen bu biçimlerdeki bir deviniminin hukuken bir değer ifade edebilmesi için, bunların normca korunan bir değeri veya menfaati ihlale elverişli olmaları gerekmektedir.¹¹⁷ Dar anlamda, kişinin ya bir vücut hareketi şeklinde olur ki buna ceza hukukunda icrai hareket adı verilir ya da kişi iradi olarak bir beden hareketi yapmaz ve hareketsiz kalır ki buna da ihmali hareket denir. İhmal kavramı değişik biçimlerde görülebilir: Kendisinden beklenen yapmayan kişi ihmali bir davranış içinde olabilir ve kişiden beklenen hareket baştan itibaren bellidir. Bunun yanında kişi belirli bir neticeyi meydana getirmek için hukuk düzeninin kendisine yüklediği yükümlülüğü, ihmali bir davranışı gerçekleştirmek suretiyle yerine getirmeyebilir. Bütün bu hallerde, hareketsizlik kişiden beklenenin gerçekleştirilmemesi şeklinde olsa dahi, ceza hukukunda hareket kavramı içinde değerlendirilecektir. Görülmektedir ki, önemli olan yalnız hareketsizlik olmayıp, hukuk düzeninin kişiden beklediği bir hareketin iradi olarak yapılmamış olmasıdır.¹¹⁸

3) İnsan davranışı iradi olmalıdır:¹¹⁹⁻¹²⁰ Kişinin, fiili gerçekleştirdiği sırada, temyiz kudretine sahip bulunması ve hareketi iradi olarak yapmış olması gerekir. Kişi davranışlarının hareket olarak kabul edilebilmesi için, bunun ister icra ister ihmal şeklinde olsun, daima iradi olması gerekeceğine göre, irade dışı davranışların icrai veya ihmali hareket kabul edilebilmesine olanak yoktur. Söz gelimi, kişinin uyku esnasında yaptığı vücut hareketleri veya anestezi (narkoz) altında yaptığı hareketler, refleks hareketleri ve tehdit altında yaptığı hareketler ceza hukuku anlamında hareket sayılmaz.¹²¹ Kişi, bir hareketi yapmaya veya yapmamaya dış

¹¹⁷ Zeki HAFIZOĞULLARI (2021), Türk Ceza Hukuku Ders Notları, DOCZZ, <https://doczz.it/doc/1387671/t%C3%BCrk-ceza-hukuku-ders-notlar%C4%B1?ysclid=lg2he2gggl95914619>. ET. 04.06.2021

¹¹⁸ Ayhan ÖNDER 1992, age, s. 159.

¹¹⁹ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 217.

¹²⁰ Ayhan ÖNDER 1992, age, s. 159.

¹²¹ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 213.

etkilerle zorlanmış olursa, zorlama ile yaptırılan hareket veya gerçekleştirilen hareketsiz kalma durumu teknik anlamda hareket değildir. Refleks hareketler de kişinin biyolojik ve fiziksel olarak zorlandığı hareketlerdir.

Şunlar hareket olarak addedilemez:

a) Tam bir şuur kaybı halinde yapılan hareketler,

b) Karşı koyulamayan bir mutlak kuvvetin etkisi ile yapılan mekanik hareketler (via absoluta). Cebir ve şiddet, maddi kuvvet olup, zor kullanılarak mağdurun iradesinin kullanılmadan yoksun bırakılmasıdır. Buna mukabil, iradeye yönelik cebir sonucu yapılan hareketler ceza hukuku manasında harekettir (via copulsiva/zorlayıcı kuvvet),

c) Psikolojik bir etkenin sonucu ve iradeden bağımsız, gayri iradi yapılan refleks hareketleri de (kramp gibi) hareket sayılmaz,¹²²

d) Kişinin zihnindeki tasavvurlar ve düşünceler, dış aleme icrai olarak yansımada, hareket değildir,

e) Uyku halinde gerçekleştirilmiş hareketler hareket kavramı içinde kabul edilmez.¹²³

Yinelenecek olursa, hareket iradi insan davranışdır. Bu davranış, dış dünyada belli bir netice yaratır. Bu netice, sadece bir vücut hareketi olabileceği gibi (hareket suçları), bu hareketle birlikte oluşan değişiklik de olabilir (netice suçları). Bu hareket kavramı nedenseldir. Çünkü insan iradesi, olayların akışını yönetici güç olarak değil, sadece sebep olucu işleviyle ele alınmaktadır. Örneğin, öldürücü vuruşta, hareket açısından sadece davranışın iradi olduğu ve ölüm neticesini doğurduğu belirlenir. İradenin öldürme neticesine yönelik olup olmadığı konusu ise kusurluluk incelenirken araştırılır.¹²⁴

Bu kuram şu hususlarda eleştirilmiştir:

a) İhmalin esasını açıklayamamaktadır. İhmal sadece düşünce içinde bir varlığa sahiptir. İhmali davranış sebebiyle sorumluluk, hareket (ihmal) ve netice ilişkisinden değil, normun koyduğu kurala aykırılıktan doğar. Bu bakımdan ihmal ve netice arasındaki ilişki ancak fikri bir faaliyet sonucu kurulabilir.¹²⁵ Bu kuram,

¹²² Hakan HAKERİ 2020, age, s. 159-161.

¹²³ Ayhan ÖNDER 1992, age, s. 159-160.

¹²⁴ Hans-Heinrich JESCHECK ve Thomas WEIGEND 1996, age, s. 219, *Aktaran* Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 241.

¹²⁵ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Mehmet Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2019, age, s. 307.

hareketten olumlu (icrai) hareketi anlamaktadır. Bu nedenle, olumsuz (ihmali) hareketten bahsedilemez,

b) Sadece iradi hareketi esas almıştır. Neticeyi dikkate almamıştır. Neticeyi, hareketin içinde görmektedir. Oysa, birçok hukuki sorun hareket ile neticeyi ayırarak çözümlenmektedir,

c) Hareketi, sadece, sebep-sonuç ilişkisi içinde ele alır. Bu nedenle de hareketi değerlendirmekten uzaktır,

d) Hareketi sadece sebep-sonuç ilişkisi içinde ele aldığı için kusursuz sorumluluğa kapı aralamaktadır. Kast, kusurluluğun değil, hareketin bir vasfıdır. Kusurluluk, iradenin kınanabilirliğidir. Fiil, sadece iradi hareket değildir. Kast da fiilin içinde yer almalıdır.¹²⁶⁻¹²⁷⁻¹²⁸⁻¹²⁹⁻¹³⁰

1.2.5.1.2 Amaçsal (Gaî-Finalist) Hareket Kuramı

1930’lu yılların başından itibaren Hans Welzel ontolojik felsefeyi esas alarak hareket kavramına yeni bir izah getirdi. Belli bir neticeyi istihdaf eden, amaçsal, gaî, ereksel, (intentional, final) hareket, “gaî hareket kavramı”, gaî (finalist) suç kuramının esasını oluşturmakta ve suçun genel unsurlarına ilişkin bütün izahlarda bu hareketin taşıdığı özellikler göz önünde bulundurulmaktadır.¹³¹

Amaçsal hareket kuramına göre, hareketin doğallığı kavramı kabul edilemez. Oysa önemli olan insan davranışının sadece iradi olması değil, aynı zamanda bir amaca da yönelik olmasıdır.¹³² Bu kurama göre, hareket, sadece “illî” değil, “gaî”, “final” bir olay olup, belirli bir amaca yönelen iradi insan davranışını ifade eder. Hareketin gaî ya da amaca yönelik olması, insanın bedensel bilgisiyle belli koşullar altında faaliyetinin muhtemel sonuçlarını öngörebileceği esasına dayanır. Böylece insan kendisine çeşitli amaçlar belirler ve bunları gerçekleştirmeye yönelik olarak faaliyetini planlı bir şekilde yürütebilir. Bu nedenle gaî hareket “gören”, illî hareket

¹²⁶ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 240-241.

¹²⁷ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2019, age, s. 170.

¹²⁸ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 91-92.

¹²⁹ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 213.

¹³⁰ Muharrem ÖZEN 2017, age, s. 247.

¹³¹ İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 162.

¹³² Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 242.

ise “kör”dür.¹³³ Bu kurama göre; hareketin amaca yönelmesi, iki aşamada gerçekleşir:

- 1) Hareketin düşünce aşaması,
 - a) Failin gerçekleştireceği amacın belirlenmesi ile başlar,
 - b) Amacı elde etmeye yönelik araçlar seçilir,
 - c) Amaç dışında kalan, ancak ortaya çıkabilecek neticeler göz önüne alınarak irade onlardan kaçınmaya yönelir.

2) Hareketin gerçekleştirilmesi aşamasında, daha önceden seçilen araçlar, planlı biçimde faaliyete geçirilir. Birini öldürmekle yıldırım çarpması sonucu ölüm arasındaki fark, durumu açıklar. Öldürücü atışta fail önce mağduru bulur, silahı seçer, sonra mağduru hedefler ve tetiği çekmekle öldürme iradesini gerçekleştirir. Buna karşılık, yıldırım çarpmasıyla meydana gelen ölüm neticesi, kör bir neticedir.¹³⁴

Bu kurama göre, ceza hukuku açısından önem taşıyan haksızlık, belirli amaca yönelik bir oluşturmaktır. Oysa, klasik teori, hareketi, nedensellik, yani belirli bir neticeye iradi olarak sebep olmakla sınırlı görür. Buna karşılık finalist sistem, kastı kusur içinde değil, tipiklik içinde ele alır. Bu görüşe göre, kast, haksızlığın, daha doğru bir ifadeyle tipikliğin sübjektif bir unsurudur.¹³⁵ Alman hukukçusu Welzel, hareketin gayeci nazariyesinin kurucusu sayılmaktadır. Ancak, nazariye büyük bir taraftar kütlesi bulmasına rağmen zamanla değişik bir muhtevaya bürünmüştür. Mesela, Welzel ve onun gibi düşüncelere göre, “Hareketin gayesi ile kast aynı şeydir. Kast, ahlâki muhtevadan tecrit edilmeli, kusurluluk unsurundan çıkarılmalı hem fiilin hem de hukuka aykırılık unsurunun objektif unsurunu teşkil etmelidir, ... Kast, objektif kanunî tipin tahakkuku şuur ve iradesinden ibarettir... Cezaî ehliyeti olmayan kimselerin de kast ehliyeti vardır. O hâlde, bunlar da suç faili olabileceklerdir.”¹³⁶ Finalist hareket kavramının esas alındığı suç kuramında, suçun kanuni tarifi (tipiklik) içinde yer alan manevi (sübjektif) bir unsur olarak kast, suç teşkil eden fiile haksızlık muhtevasını kazandırırken, “tabii anlamda kast” şeklinde anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, işlenen fiilin bir haksızlık teşkil edip etmediği, esasen suç olan bir fiilin

¹³³ Hans WELZEL (1967), *Das Deutsche Strefrecht, Eine systematische Darstellung*, (De Gruyter Lehrbuch) (Deutsch) Gebundene Ausgabe. 10. AuflAge, Berlin, s. 30, Aktaran Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 92.

¹³⁴ Hans WELZEL 1967, age, s. 33-35, Aktaran Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 242.

¹³⁵ Walter GROOP (2001), *Strafrecht-Allgemeiner Teil*. 2. AuflAge, Springer-Verlag§ 3, Berlin-Heidelberg, no. 62, Aktaran Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2019, age, s. 172.

¹³⁶ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age, s. 33.

işlenişi sırasında bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olup olmadığı konusundaki bilinç, şuur, kasta dahil edilmeyip, kusurluluk içinde mütalaa edilmektedir. Gaî hareket, herhangi bir neticenin oluşumuna sebebiyet veren soyut iradi bir faaliyet olmayıp, belli bir neticenin gerçekleşmesine yönelik, bu amaca matuf bir harektir.¹³⁷ Bu bakımdan belli bir amaca yönelik iradenin, hareketin bir vasfı, unsuru olarak kabul edilmesi gerekir. Bir başka deyişle, kasti suçlarda, illî hareket teorisinin yeterli saydığı nedensellik ilişkisinden başka, failin iradesinin, suç tipini ihlal amacına yönelmiş olması lazımdır. Dolayısıyla, tipe uygun hareketin gayesi ile kast aynı şey olmaktadır. Bunun sonucu olarak, bu görüşün savunucularına göre, kast, kusurluluk alanından çıkartılmalı ve hem tipe uygun fiil hem de hukuka aykırılık unsurlarının sübjektif unsurunu oluşturmalıdır. Yani, kast, kusurluluğun değil, haksızlığın bir unsurunu ve dolayısıyla kusur yargısının (kınanabilirliğin) konusunu oluşturmaktadır.¹³⁸ Finalist sistemde hukuka aykırılığın ve haksızlığın çifte işlevi vardır. Failin kişiliğine dayanan “davranışın haksızlığı” ve ihlal edilen konuya dayanan “neticenin haksızlığı”.¹³⁹

Bu teori, taksirli hareketin de gaî hareket olduğunu ve dolayısıyla onun normatif mahiyeti yanında ontolojik niteliği bulunduğunu kabul etmektedir.¹⁴⁰ Kuram, başlangıçta taksiri amaçsal hareket kavramı dışında bırakmış, ancak daha sonra taksirle amaç arasında da bağlantı kurmaya çalışmıştır. Taksirli hareket, zararlı netice doğuran tedbirsiz bir harektir. İnsan, yeteneksizliği veya özensizliği nedeniyle, sınırlı biçimde amaca yönelik hareketler yapabilir. Bu nedenle, insanın hareketinden kaynaklanan neticelerin bir bölümü amaca uygunluk taşımaz; söz konusu neticeler özen gösterilerek, tedbirli davranılarak kısmen giderilebilir. Örneğin, dolu silahı temizlerken ölüme sebebiyet veren kişi, amaca yönelik bir hareketle (silahı temizleme), amaca uymayan bir neticeye (ölüm) sebebiyet vermiştir. Amaca yönelik harekte tedbirsizlik bulunduğundan, amaca uymayan netice taksir olarak faile yüklenmektedir. Kasıtlı suçlarda hareketin amaca uygun neticeleri, taksirli suçlarda da belli bir amaca yönelik hareketten doğan, ancak amaca uygun olmayan neticeler düzenlenmektedir.¹⁴¹⁻¹⁴²

¹³⁷ İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 163.

¹³⁸ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 92-93.

¹³⁹ Kristian HOHN (2008), *Grundwissen-Strafrecht: Handlungs- und Erfolgsunrecht*. JuS, s. 494, Aktaran Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2019, age, s. 172.

¹⁴⁰ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 93.

¹⁴¹ Selahattin KEYMAN 1988, age, s. 121-171.

Amaçsal hareket kuramına mensup yazarlar, kasıtlı ve taksirli suçların yanında, üçüncü bir suç grubu olarak ihmali suçları kabul eder.¹⁴³ Bu teori ihmali suçları şöyle izah etmektedir: Bu kuram, hareketi, illiyet ve amaç olmak üzere iki ontolojik kategorinin birleşmesi olarak görmektedir. Kuram, illiyet ve amaç gibi iki ontolojik kategoriyi teklige ve bütünlüğe kavuşturmuştur. Kuram, gerçek anlamda amaca yönelmediğinden ihmali, icrai hareketten ayrı ve onun zıttı olarak kabul eder. Amaca yönelik hareketin iki ontolojik kategorisini oluşturan amaçsal irade (kast) ve nedenselliğe ihmalde rastlanmaz. Gerçekten, bilinçsiz taksirli ihmallerde amaca yönelik bir irade bulunmamaktadır. Ayrıca, ihmalin illi değeri de yoktur. İhmal gerçekleşince kendimize ihmal edilen hareket neticenin nedeni olabilir miydi veya hareket yapılsaydı sonucu önleyebilir miydi sorusunu sorarız. İhmal amaçsal bir kavram değildir. Ancak, bu söylenen ihmalin ontolojik yani hukuki değerlendirmeden önce mevcut bir gerçekliği bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Öncelikle, bireyin yapılması gereken hareketi yerine getirebilme bakımından fiziki güce sahip olması, bireyin hareketi yapma kararını zihninde oluşturabilecek imkana sahip bulunması ve bunlara ek olarak amacı bilinen yani sonuçları öngörülebilir hareketin bireyin iradesinin kontrolü altında olması icap eder. Sonuç olarak, birey, fiziki açıdan mümkün, amacını bildiği ve iradesinin kontrolü altında bulunan bir hareketi yapmadığı takdirde, bir şeyi ihmal etmiş sayılır.¹⁴⁴⁻¹⁴⁵

Bu kuram şu hususlarda eleştirilmiştir:

- 1) Heyecan içinde ya da tahrik etkisi altında yapılan veya alışkanlık haline gelmiş hareketlerde bir amaç yoktur. Bu hareketlerin açıklaması nasıl yapılacaktır?
- 2) Kuram, amacı esas aldığı için, ihmali ve taksirli hareket ile olası kastı tam olarak açıklamaktan uzaktır.
- 3) Kast, bu kuram içinde, bir kusurluluk şekli değil de fiilin bir unsuru olarak kabul edilmiştir.
- 4) Hukuka aykırılık, kastın içine dahil edilerek suçun unsurları içinde öznel bir unsur haline sokulmuştur.
- 5) Ceza ehliyeti olmayanların fiil ehliyeti kabul edilmiştir.¹⁴⁶⁻¹⁴⁷⁻¹⁴⁸

¹⁴² Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 243.

¹⁴³ İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 164.

¹⁴⁴ Selahattin KEYMAN 1988, age, s. 121-171.

¹⁴⁵ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Mehmet Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2019, age, s. 310.

¹⁴⁶ Muharrem ÖZEN 2017, age, s. 250.

Kanaatimce, finalist hareket teorisinin en çok eleştirilen yönü, kast ve taksiri, kusurluluk unsurundan çıkarıp hareket ve hukuka aykırılık unsuruna aktarmış olmasıdır.

Alacakaptan'a göre; kusurluluk unsurundan kast ve taksir çıkarıldığı takdirde, bu unsur, esasını teşkil eden cüzülden yoksun bir hale getirilmiş ve isnad kabiliyetini münker olur. Oysa, kusurluluğun isnad kabiliyeti şeklinde anlaşılması mümkün değildir. Bu yüzdendir ki, hareketin finalist kuramına taraftar bazı hukukçular, teoride değişiklik yapmak gereğini duymuşlardır." Meselâ, Bettiov'a göre hareket, gaî bir kavram olmakla beraber, hareket kavramlarıyla kasıtlı hareket kavramını aynı anlamda kabul etmemek gerekir. Taksiri bertaraf eden bu anlayış ceza hukukunu kısırlaştırır. Öte yandan, irade ile onun muhtevası ayrı ayrı mütalâa edilmelidir, istemek başka şey, bir şeyi belli şekil ve şartlarda istemek başka şeydir, iradenin muhtevasının hareket teorisi ile ilgisi yoktur. Bu muhteva kusurluluk unsuruna aittir.¹⁴⁹

1.2.5.1.3 Sosyal (Toplumsal) Hareket Kuramı

Sosyal hareket kuramı, kasti, taksirli, ihmali ve icrai suçları tek bir hareket üst başlığı altında toplayabilmek düşüncesiyle ortaya atılmıştır. Bu kuramın savunucuları olan Engisch, Jescheck, R. Lange, Oehler ve Maihofer'e göre, ceza hukukunda insanın ihmal ve icra şeklinde ortaya çıkan, neticeye sebebiyet veren ve toplumsal önemi olan davranışları hareket olarak kabul edilebilir.¹⁵⁰ Sosyal hareket kuramını, esas itibariyle, finalist hareket kuramından tamamen ayırt edebilmek olanaksızdır. Her iki hareket kuramının da temel hareket noktası nedensel (doğacı) hareket kuramının aksine, değersel bir içeriğe sahip olmasıdır.¹⁵¹

Eberhard Schmidt, v. Lısz'tin hareketin iradi insan davranışı olduğu şeklindeki anlayışına, "sosyal dış dünyaya matuf olma" şeklinde bir özellik de eklemiştir. Buna göre hareketi, "sosyal dış dünyaya matuf iradi insan davranışı"

¹⁴⁷ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 94.

¹⁴⁸ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 214.

¹⁴⁹ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age, s. 33.

¹⁵⁰ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Mehmet Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2019, age, s. 312.

¹⁵¹ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 216.

olarak tanımlamıştır. Bu şekilde hareketin yalnızca değerden yoksun, doğa bilimine ait, fizyolojik bir fenomeni ifade etmediği ortaya konulmuştur.¹⁵²

Bu kuram, amaçsal hareket kuramından önce ortaya çıkmakla beraber, bugünkü anlamını ancak 20. yüzyılda kazandığı için tarihi etkisi açısından amaçsal hareket kuramından sonra gelmektedir. Schmidt'e göre, hareket, bizi doğal bilimler açısından fizyolojik bir fenomen (görüngü) olarak değil, sosyal gerçekliğe etkisiyle sosyal bir fenomen olarak ilgilendirir.¹⁵³ Sosyal hareket kuramı, hareket kavramının bütün davranış şekilleri bakımından ortak kriterini, insanın icrai veya ihmali davranışının sosyal bakımdan taşıdığı önemde görmektedir.¹⁵⁴ Bu sebeple de nedensel hareket kavramından farklı olarak, sosyal hareket kavramı, insan davranışının sosyal bakımdan önem arz edip etmediği şeklinde bir değerlendirmeyi zorunlu kılmakta ve böylece sosyal hareket hem ontolojik hem de normatif bir hareket niteliği kazanmaktadır.¹⁵⁵ Hareketin bu şekilde anlaşılması, maddi hukuka aykırılık anlayışını ortaya çıkarmış ve hukuka aykırılık, hukuki varlıkların ihlal edilmesi, hareket de bu toplumsal sonucu doğuran insan faaliyeti olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁶ Bu teoriye göre harekete anlam kazandıran unsur, hareketi yapanın iç davranışı değil, davranışın dış etkileridir.¹⁵⁷

Bu kuram şu hususlarda eleştirilmiştir:

1) Sosyal uygunluk teriminin ne anlama geldiği belirsizdir. Zira her insan davranışı sosyal bakımdan önemlidir.

2) Hareket kavramının alanını aşırı ölçüde genişletmektedir. Hareketin sınırlayıcı bir fonksiyon görmesi mümkün değildir.¹⁵⁸⁻¹⁵⁹

3) Bu teoride sorun, toplumsal yönden önemli olanlarla olmayanların nasıl ayırt edileceği konusudur. Bu da zorunlu olarak, sübjektif bir değerlendirme ile yapılacaktır.¹⁶⁰ Bu durum ise hukukun üstünlüğü ve güvence işlevini yitirir.¹⁶¹

¹⁵² Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 26.

¹⁵³ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 244.

¹⁵⁴ Johannes WESSELS ve Werner BEULKE (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 36, neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, §. 3, s. 92.

¹⁵⁵ İzzet ÖZGENÇ 2005, age, s. 190.

¹⁵⁶ Selahattin KEYMAN 1983, age, s. 440.

¹⁵⁷ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 95.

¹⁵⁸ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 215.

¹⁵⁹ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 95.

¹⁶⁰ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 244.

¹⁶¹ Muharrem ÖZEN 2017, age, s. 252.

1.2.5.1.4 Olumsuz (Negatif) Hareket Kuramı

Yeni bir kuram olup, olumsuz hareket kavramı geliştirilerek suç teorisine yeni bir temel oluşturulmak istenmektedir. Bu kuram, Alman hukukunda, “kaçınılabirlik ilkesi” olarak ifade edilmektedir. Kuramın savunucularından Kahrs’a göre; kaçınabileceği ve hukuk kuralları ona emrettiği halde kaçınmayan kişiye, ortaya çıkan netice isnad edilir. Herzberg ise, kaçınılabirlik ilkesi hakkında şöyle demektedir: Ceza hukukunda hareket, kaçınılabir olandan kaçınmamadır. Buna göre; olumlu (icrai) ve olumsuz (ihmalî) hareketlerin faileri bir şeyden, örneğin tamamlanmış netice suçlarında, yasadaki tanıma uygun neticeden kaçınmamışlardır, ancak kaçınabilirlerdi. Olumlu hareketin faili kendini geri çekerek, olumsuz hareketin faili ise, nedensel akışa, neticeyi önleyici müdahalede bulunarak bunu yapmadıkları için, her ikisine de “kaçınılabir kaçınmama” yüklenir. Kısacası, hareketin, kaçınılabir neticeye sebebiyet verme olduğu söylenmektedir.¹⁶² Bu kuram hakkında Erbaş, Gropp’un düşüncesini aktarırken şöyle demektedir: Olumsuz hareket teorisi, hareket kavramını “insanın yıkıcılığını ifade etmesine” dayandırarak hukuka aykırılık unsurunda söz konusu olan değer hükmünü zorunlu kılmıştır. Bu şekilde “değersizlik” ve “haksızlık” kavramları arasındaki farkı ortadan kaldırmıştır.¹⁶³ Teori, icrayı esas alıp sonrasında ihmalî açıklamaya çalışan diğer kuramların aksine, önce ihmalî sonrasında da icrayı açıklama yöntemini seçmiştir. Bu yönü ile öteki kuramlardan farklı bir anlayış getirmemiştir. Olumsuz hareket teorisinin kendisinden önceki kuramlardan tek farklılığı, onların izlediği yolun zıddını seçerek önce en az kapsayıcı (ihmalî) olduğu düşünüleni, sonrasında diğerlerini tanımlamasıdır.¹⁶⁴

1.2.5.2 Normativist Hareket Kuramı

Hukuku, insanlar tarafından konan normların bütünü olarak anlayan; hukuki olanla hukuki olmayı birbirinden ayırmak için, ölçü olarak norma başvuran akımların hepsini normativist olarak nitelemek mümkündür. Normativistler, hukuk nedir sorusuna, hukuk=norm yanıtını vermekte ve hukuk biliminin görevinin de içeriklerinden sıyrılarak normu incelemek olduğunu savunmaktadırlar. Normativizm,

¹⁶² Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 245.

¹⁶³ Walter GROPP (2015), *Strafrecht-Allgemeiner*, Teil. 4. Auflage, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, § 2, kn. 126, Aktaran Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 37.

¹⁶⁴ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 37.

bir anlamda, hukuki pozitivistin, iradecilikle ilişkisini keserek, norma yönelmesi olarak nitelendirilebilir.¹⁶⁵

Ontolojik kuramlara tepki olarak ortaya çıkan normativist (normcu) hareket kuramı, hareketi hukuk öncesi ve hukuk normları dışında açıklamak yerine hukuk normlarına bakarak, hukuk normlarını temel alarak açıklamak ister. Bu kurama göre hareket, hayatın bir gerçekliği değil, hukuki bir kavramdır. Bu anlamda hareket, hukuka aykırılık, yani normun ihlal edilmesidir.¹⁶⁶

Öğretide, hareketi, normativist bakımdan tetkik eden bu kuramın esası, hareketi bizatihi ele almamak, onu normlarla mukayese etmek, bir başka söyleyişle hareket ile normlar arasındaki münasebetleri incelemek ve bir değer hükmüne varmaktır.¹⁶⁷

Bu kurama göre, hareket, ceza normunu ihlal eden harekettir. Hareketin üç unsuru bulunmaktadır: 1) Bir hukuk kuralını ihlal etmelidir.- 2) Hukuk normunu ihlal eden hareketi fail iradi olarak gerçekleştirecektir.- 3) Hukuk normunu ihlal eden hareketin bu özelliği konusunda bir kabul, başka bir deyişle, bireyin iradesinin, hukuk alanındaki değişikliğe ((ihlal) neden olduğu konusunda bir yargı bulunmalıdır. Bu özellikler dikkate alındığında, bu kuramın hareketin doğal gerçekliğinden tamamen vazgeçtiği, harekete hukuki anlam yüklediği görülmektedir. Bu kuram, hareketin doğal gerçekliğinin araştırılmasını önemsiz görmüştür.¹⁶⁸⁻¹⁶⁹⁻¹⁷⁰

1.2.5.3 Ara Değerlendirme

Ceza hukukunda hareketin esasını açıklamaya çalışan kuramlar değerlendirildiğinde; doğal, finalist, sosyal, olumsuz ve normativist hareket teorilerinin insan davranışını doğru biçimde ele aldığı birtakım hususlar muhakkaktır. Ancak, her biri kuramın, tek başına insan davranışını bütün yönleri ile ceza hukuku bağlamında açıklayabildiği söylenemez.

¹⁶⁵ Selahattin KEYMAN (1981), *Hukuka Giriş ve Metodoloji*, Doruk Kitap ve Yayınevi, Ankara, s. 38-40.

¹⁶⁶ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 95.

¹⁶⁷ Nurullah KUNTER (1954), *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, s. 35, Aktaran Hakan HAKERİ 2003, age, s. 65.

¹⁶⁸ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Mehmet Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2019, age, s. 314.

¹⁶⁹ Muharrem ÖZEN 2017, age, s. 253.

¹⁷⁰ Selahattin KEYMAN 1983, age, s. 451.

Bu kuramlar, hareketin ceza hukukunun merkezine oturulmasından sonra felsefi açıdan neden olma kavramının sorgulanması yerine işe, icrai davranışla başlamışlardır. Bu doğrultuda önce hareketi, dış dünyada algılanabilen bedeni, iradi bir insan davranışı olarak tanımlamışlardır. Bu tür bir davranış da beş duyu organıyla algılanabildiğinden bu bilginin geçerliliği de doğal olarak kabul edilmiştir. Daha sonra bunun üzerinden ihmali (ve taksirli hareketi) de açıklayan bir kavram geliştirmeye çalışmışlardır. Gerçekten ihmal ve taksir, teorilerin adeta iki sına taşı olmuştur. Negatif hareket teorisi, bu yöntemin tam tersini yaparak önce ihmali tanımlayıp sonrasında icrayı tanımlamaya çalışsa da başarısız olmuştur. Diğer bir anlatımla negatif hareket teorisi, en az kapsayıcı (ihmal) olacağı tahmin edileni tanımlayıp, sonra diğerlerini tanımlarken; bunun dışındaki teoriler, en fazla kapsayıcı (icra) olacağı tahmin edileni tanımlayıp, sonra diğerlerini tanımlamaya çalışmıştır. Temelde ise her iki metot da aynı mantıksal anlayışın ürünüdür.¹⁷¹

Modern ceza hukukunda, hareketin, özünde doğal bir kavram olduğu kuşkusuz olmakla birlikte ceza hukuku açısından önem gösteren hareketin yasal normu ihlal eden ve böylece hukuki nitelik gösteren bir davranış türü olduğunda da kuşku yoktur. Modern ceza hukuku alanında dikkate alınan hareket, bireyin iradesinin ürünü olan ve suçun diğer unsurları ile bağlantı içinde sonuç alt unsurunu gerçekleştiren veya teşebbüs durumunda olduğu gibi, sonuç alt unsurunu gerçekleştirmeye elverişli nitelik gösteren insan davranışdır. Böylece bir davranışın icrai veya ihmali nitelikte olması mümkündür. Hatta icrai nitelik gösteren bir suç oluşumu ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebilir (ihmal suretiyle icra).¹⁷²

Demirbaş'a göre; hareket doğal bir kavram olmakla birlikte, kanuni tanımla ihlal eden ve böylece hukuki nitelik gösteren davranıştır. Çağdaş ceza hukuku yönünden dikkate alınan hareket, kişinin iradesinden kaynaklanan ve suçun diğer unsurlarıyla bağlantı içerisinde amaca yani neticeye yönelen harekettir.¹⁷³

Centel ve arkadaşları, hareket kuramlarını genel olarak şu şekilde değerlendirmişlerdir: Hareket, yasadaki suç tanımını ihlal eden olumlu veya olumsuz davranıştır. Dolayısıyla, ontolojik teorilerden doğal hareket teorisi, ceza hukuku açısından hareketi en iyi belirleyen teoridir. Ancak, hareketin ceza hukuku açısından

¹⁷¹ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 38.

¹⁷² Kayıhan İÇEL, Füsun SOKULLU-AKINCI, İzzet ÖZGENÇ, Âdem SÖZÜER, Fatih Selami MAHMUTOĞLU ve Yener ÜNVER (2002), *İçel Suç Teorisi*, 2. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, s. 55.

¹⁷³ Timur DEMİRBAŞ 2018, age, s. 228.

önem kazanması, yasadaki suç tanımının ihlaliyle birlikte gerçekleştiğinden, normativist teori taraftarlarının ileri sürdükleri görüşlerde de gerçeklik payı vardır. Amaçsal hareket teorisinin önerdiği gibi, hareketi amacı ile birlikte ele almak, kast ve taksir kavramını harekete dahil etmek, dolayısıyla kusurluluk unsurundan vazgeçmek sonucunu doğurur. Olumsuz hareket teorisi, doğal hareketin olumsuz biçimde ifadesi olmaktadır. Toplumsal hareket teorisi, ihmali hareketi baştan hareket olarak kabul etmemektedir. Centel ve arkadaşlarına göre; Türk öğretisinde, hareket ile ilgili tanımlar incelendiğinde, hareket konusunda doğal hareket teorisiyle birlikte normativist teoriye üstünlük tanındığı kanaatindedirler. Onlara göre, ceza hukuku anlamında hareket, hukuken önemli görülen ve neticenin nedeni olan iradi harekettir.¹⁷⁴

Özbek ve arkadaşlarının değerlendirmesi mealen şöyledir: Gelinek nokta itibariyle, yaklaşık yüz yıl boyunca (yaklaşık 1800'lü yılların son çeyreğinden 1900'lü yılların son çeyreğine dek) yoğun biçimde tartışılan ve sistemin merkezine konuşlandırılan hareketin teorik misyonunu tamamladıktan sonra yerini isnadiyet kavramına bıraktığını söylemek gerekir. Suç teorisinin gelişiminin doğru anlaşılabilmesi için hareket teorilerinin bilinmesi zorunlu olmakla birlikte bugünün ceza hukukunda bir hareket teorisi savunuculuğunun hiçbir anlamı kalmamıştır. Hareket; insan tarafından yapılan, iradi olan, icrai ya da ihmali olabilen bir davranıştır. Düşünce dış dünyaya yansımadağı sürece hareket olarak kabul edilmez ve cezalandırılmaz. Netice olarak; hareket, insan tarafından iradi olarak gerçekleştirilen icrai ya da ihmali davranışın dış dünyaya yansımadağıdır.¹⁷⁵

Artuk ve arkadaşlarının hareket kuramlarına ilişkin görüşleri mealen şu şekilde ifade edilebilir: Hareketin ontolojik bir yapısının olduğı yadsınamaz ama ceza hukukunun bütün problemlerine bizatihi ontolojik bir yaklaşımla yanıt verebilmek mümkün değildir. Zira, başlı başına hukuk “ontolojik” değil, “normatif” bir kavramdır. Doğal hareket teorisinde insan davranışı iradi olmalıdır, ancak bu davranıştan neyin istendiğı yahut beklendiğı önemli değildir. İradi davranışın yol açtığı sonuçlar fiile dahildir. Buna karşılık amaçsal (finalist) hareket teorisi, insanın belirli bir amaca yönelmiş iradi davranışını esas alır. Sosyal hareket teorisi ise, iradi insan davranışının sosyal bakımdan önem taşımasını arar. Doğal hareket teorisi fiilin

¹⁷⁴ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 246-247.

¹⁷⁵ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 216-217.

iradiliğini ve nedenselliğini, amaçsal hareket teorisi sübjektif tarafını (amaç, kast ya da taksir), sosyal hareket teorisi ise objektif yanını (hukuka aykırılık) ön plana çıkarmıştır. Artuk ve arkadaşları, fiilin anlamı konusunda ontolojik bir bakış açısını içeren amaçsal (finalist, gai) hareket teorisine taraftar olduklarını açıklamışlardır. Onlara göre; icrai ve kasten işlenen suçlarda ontolojik bakış açısı yeterli iken, ihmali ve taksirli suçlarda bu yaklaşım yeterli olmamaktadır. İhmali ve taksirli suçlar, bizatihi ontolojik bir mahiyet arz etmedikleri için normatif bir değerlendirmeyi de gerekli kılmaktadırlar.¹⁷⁶

Alacakaptan'a göre; insan hareketinin gerçek anlamını ve onun, tabiat kanunlarının kör illiyet ilkelerine göre cereyan eden hareketlerden farkını en iyi açıklayan görüş, hareketin gayeci (amaçsal) teorisidir. Alacakaptan, ceza hukukunun insanileştirilmesi akımının büyük güç kazanmağa başladığı çağımızda, bu anlayışın, insanî hareket kavramına ulaşmaktaki öneminin büyük olduğuna da inanmaktadır. Bu sebeple, Alacakaptan, Welzel kadar ileri gitmemek ve kusurluluk unsurunu, kast ve taksirden yoksun kılıp, boş bir kalıp haline getirmemek kaydıyla, hareket kavramının, yapılmasındaki gaye ile birlikte göz önünde tutulması takdirinde bir anlam taşıyabileceğini belirtmektedir.¹⁷⁷

Özgenç'e göre; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun dizgesinde esas alınan suç kuramında, suçun unsurlarının üçe ayrıldığı görülür: 1) Maddi unsurlar (Fiil, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur, suçun konusu, suçun nitelikli unsurları),- 2) Manevi unsurlar (Kast, taksir, netice sebebiyle ağırlaşmış suç),- 3) Hukuka aykırılık unsuru.¹⁷⁸

Kanaatimizce, doğal, finalist, sosyal, olumsuz ve normativist hareket teorilerinin hiçbiri, tek başına insan davranışını bütün yönleri ile ceza hukuku bağlamında açıklayamamaktadır.

1.2.6 İhmali Davranışın İcrai Davranışa Denkliği

1.2.6.1 Denklik ve Eşdeğerlik

Nitelikli (garantörsel) ihmali suçların cezalandırılabilirliği kabul edildiğinde ortaya çıkan bir problem, aslında icrai suç tipi olarak düzenlenmiş bulunan ceza

¹⁷⁶ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Mehmet Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2019, age, s. 316-317.

¹⁷⁷ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age, s. 35.

¹⁷⁸ İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 179-519.

kanunu hükümlerinin, aynı hükmün ihmali bir hareketle ihlâli halinde de uygulanmasının daima adil bir cezalandırmaya yol açıp açmayacağıdır. Nitekim bazı suç tiplerinin ihmali bir hareketle de işlenmesi halinde bu ihmali hareketin cezalandırılmasının doğru olmayacağı düşünülmüştür. Dolayısıyla ceza kanununun özel kısmında düzenlenmiş bulunan icrai suç tiplerinin hepsi bakımından, bu suç tiplerinin ihmali bir hareketle gerçekleştirilmesi halinin cezalandırılması doğru ve adil olamaz. Bu nedenle, bu tip suçlar bakımından ek bir şart aranmalıdır. Bu şart "denklik kaydı"dır.¹⁷⁹

İhmali bir hareketten sorumluluk için ihmal gösterilmemesi konusunda hukuki bir yükümlülüğün yanı sıra, ihmali hareketin icrai bir harekete eşdeğer olması da gerekir. TCK'nın 83. maddesinde de sorumluluk için neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. TCK, kanunda "eşdeğer" sözcüğünü kullanmış iken, Alman Ceza Kanunu 13. maddesinde, bunun karşılığında, "uygun olmak, denk olmak" anlamına gelen "Entsprechen" fiili yer almaktadır. Ancak, Alman öğretisinde de konu, genel olarak, "icrai ve ihmali hareketin eşdeğerliliği" adı altında incelenmektedir.¹⁸⁰

Erbaş'a göre; ihmalin ceza hukukunda bir haksızlık gerçekleştiriliş biçimi olarak kabul edilebilmesi, ihmalin neticeye sebep oluşundan kaynaklanmaktadır. Bunu, Dönmezer/Erman, "...bütün mesele, böyle menfi bir hareketin veya bazı yazarların ifade ettikleri veçhile hareketsizliğin, bir neticenin sebebi sayılabiliş sayılamayacağına tespitinden ibarettir" şeklinde özetlemişti. Gerçekten belirleyici olan, neticenin sebebi olmaktır. Bu nedendir ki; ihmalin cezalandırılabilirliği tarihsel süreçte illiyet bağı ekseninde ele alınmıştır. Keza, İtalyan ceza hukukunda görünüşte ihmali suçlar, nedenselliğin ikinci tezahür biçimi olarak İtalyan Ceza Kanunu'nun "nedensellik ilişkisi" başlıklı 40. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, "kişinin hukuken engellemekle yükümlü olduğu bir neticeyi engellememesi, sebep olmaya eşdeğerdedir". Bu hüküm, görünüşte ihmali suçun cezalandırılabilirliğinin esasının nedensellik olduğu kabulünün bir sonucudur. Benzer bir anlayış bugün de Türk ceza hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten

¹⁷⁹ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 192-193.

¹⁸⁰ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 407.

illî olma, görünüşte ihmali suçun cezalandırılabilirliğinde Türk Ceza Kanunu'nun temel çıkış noktasıdır.¹⁸¹

Alman Öğretisi'ndeki egemen görüşe nazaran, denklik kaydı, saf netice (sebebiyet suçları = Verursachungsdelikte) suçları (örn. adam öldürme veya müessir fiil) bakımından herhangi bir rol oynamaz. Daha başka bir anlatımla, denklik kaydının saf netice suçlarında bir anlamı yoktur. Zira bir yandan garantörlüğün mevcudiyetini kabul edip de ayrıca cezalandırma için denklik kaydının kabul edilmesi tezat oluşturur. Bu nedenle saf netice suçlarında denklik kaydı kabul edilemez. Bu suçlarda neticenin oluşumuna bir garantör tarafından engel olunmaması daima pozitif bir fiil ile icraya denktir. Bu itibarla bu tip suçlarda ek bir denetime gerek yoktur ve dolayısıyla da denklik kaydının böyle durumlarda bir önemi yoktur. Böylece bağlı davranışlı bir suç söz konusu değilse, ihmalin icrai fiille eşit kılınması için garantörlüğün tespiti yeterlidir. Buna karşın sorun, bağlı hareketli suçlardadır (= Verhaltensgebundene Delikte). Böyle suçlarda neticenin meydana getirilmesi için basit nedensellik yetmemekte, belli bir hareketin yapılması aranmaktadır. Denklik kaydı ile ihmalin icraya benzerliğinin (kıyasının) tespit edilmesi talep edilmektedir. Bunun için de ihmali icra ile kıyaslanabilir bir şekle sahip olup olmadığı araştırılmalıdır.¹⁸² Koca ve Üzülmez'e göre; dolandırıcılık suçunun düzenlendiği TCK'nın 157. maddesinin gerekçesinde, hilenin ihmali davranışla da gerçekleştirilebileceği ve bu durumda kişinin hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda hukuki yükümlülüğünün olması gerektiği (birinci eşdeğerlilik değerlendirmesi) belirtilmiştir. Devamında, "Ayrıca, muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir" denilmiştir. Bu suretle ihmali hareketle gerçekleştirilen hilenin icrai hareketle yapılan hile ile aynı haksızlık içeriğine ulaşması gerektiğine (ikinci eşdeğerlilik değerlendirmesi) işaret edilmiştir.¹⁸³

1.2.6.2 Nedensellik Bağı

Kanaatimce, görünüşte ihmali suçların izahına ilişkin en büyük sorunlardan biri olarak, icrai olmayan (yapkısız) davranış ile ortaya çıkan neticenin birbiriyle nasıl ilişkilendirileceği (illiyet/nedensellik) konusu ön sıralarda gelir. Nedensellik

¹⁸¹ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 40-41.

¹⁸² Hakan HAKERİ 2003, age, s. 194.

¹⁸³ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 407.

bağı, ceza hukukunun en tartışmalı konularından biridir. Bu bağ, icrai suçlar bakımından doğal bir görüngü (fenomen) olarak ortaya çıkarken, fiil ile netice arasındaki sebep sonuç ilişkisi görünüşte ihmali suçlar bakımından o denli kolay saptanamamaktadır.

Önder'e göre; ihmali davranışın açıklanması bakımından iki farklı yaklaşım vardır. Bir düşünüş biçimine göre, ihmal de, icrai harekette olduğu gibi neticenin sebebini oluşturur demek suretiyle, ihmalin ne şekilde neticenin sebebi olabileceği izah edilmeye çalışılır. İkinci görüşe göre, niteliği gereği ihmal hiçbir zaman bir neticenin sebebi olamaz ve bir şeyin etkilenmiş olabilmesinden bahsedilebilmesi için, bunu etkileyen bir gücün, bir kuvvetin bulunmasının gerekli olduğu belirtilir ve bu kuralın insan hareketlerinde ve mekanikte istisnasının olamayacağı ifade edilir. Önder'in düşüncesine göre; nedensellik, hiçbir zaman iki olayın birbirine etkili olarak gerçekleşmiş olması manasını taşımaz. İki olay arasında, fiziksel bir etkileşme olsa bile biz bunu ancak deneylerle saptarız. Dolayısıyla, nedensellik fiziksel değil de düşünce dünyasında kurulan bir bağ olarak ortaya çıkar. Eğer, hareketsizlik bir neticenin sebebi olarak kabul edilmekte ve hareketsizlikten neticenin meydana gelmiş olduğunu kabul ediyorsak, bu hareketsizlik hali neticenin sebebi demektir. Böylece, belli bazı koşulların varlığında ihmal bir neticenin sebebi olarak kabul edilir ve "Hiçten hiç çıkar" ifadesi göz ardı edilmiş olur.¹⁸⁴

İcrai davranışta aktif bir şey yapılması, bir nedensellik sürecini başlatır ve bir neticeye sebebiyet verir. Buna karşılık ihmali davranışta pasif kalma, bu nedensellik sürecini doğrudan başlatmaz. Bu sürecin başlaması için pasif kalmamaya yönelik bir beklentinin varlığı zorunludur. Diğer bir anlatımla, ihmalden bahsedilebilmesi için icrai bir davranışta bulunmaya yönelik bir beklentinin olması zorunludur. Bu beklenti, bugün için harekette bulunma yükümlülüğü (teminat yükümlülüğü/garantörlük) olarak kavramsallaştırılmıştır. Söz konusu yükümlülük ve nedensellik bu nedenle iç içe geçmiş biçimde karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir anlatımla ihmali davranışı var eden, sırasıyla yükümlülük ve nedensellik değil; yükümlülüğü de içine alan nedenselliktir. Nedensellik yükümlülük nedeniyle kurulmaktadır. Gelişiminin temelini, başlangıçta "nedensellik" kavramından alan görünüşte ihmali suçlar, sonrasında "hukuki yükümlülük (garantörlük)" kavramı üzerinden gelişimini devam ettirmiştir. Böylece, ihmalin ceza hukukunda bir

¹⁸⁴ Ayhan ÖNDER 1992, age, s. 207-208.

haksızlık gerçekleştiriliş biçimi halini alması ile sonuçlanan dört bileşen, icrai davranışta bulunma yükümlülüğü, yükümlülüğü yerine getirebilme imkânı, icrai davranışın yerine getirilmesinin zorunlu olması ve nedensellik bağı şeklinde ortaya çıkmıştır.¹⁸⁵ Önder'e göre; salt ihmal neticenin sebebi olamaz. İhmalin, neticenin sebebi olduğunu kabul için, kişinin neticenin gerçekleşmesine engel olma yükümlülüğünün bulunması gerekir ve ancak bu yükümlülüğün yerine getirilmemiş olduğu durumlarda ihmal netice bakımından nedensellik kıymeti taşıyacaktır.¹⁸⁶

Görünüşte ihmali suçlarda nedensellik bağına açıklamaya yönelik teorileri üç temel başlık altında toplayabiliriz: “Varsayımsal nedensellik teorisi” (Hypothetische Kausalitat), “rizikonun azaltılması teorisi” (Risikominderung) ve “diğer yaklaşımlar”. “Şart Teorisi” ihmali suçlar bakımından aynı şekilde tespit edilemediği için icrai suçlar bakımından doğal bir olgu olarak tespit edilen nedensellik ilişkisi “varsayımsal nedensellik” ya da “kuramsal nedensellik (hypothetische - quasi kausalitat)” olarak ihmali suçlara uyarlanmıştır. Bu teoriye göre, ihmali suçlarda illiyet bağına ortaya koyabilmek için şu sorunun sorulması gerekir: “Eğer garantöre yüklenen hareket yapılmış olsaydı tipik netice kesinliğe yakın bir derecede engellenebilir miydi”? Bir kimse, “varsayımsal nedensellik (hypothetische - quasi kausalitat)” sürecini hiçbir zaman kesin, kati derecede bilemez. Sadece, neticenin gerçekleşmesine yönelik kanaatinin derecesini tespit edebilir. Dolayısıyla ihmali suçlarda nedensellik hususunda “yüzde yüz bir kesinlik” tespit etmek hiçbir zaman mümkün değildir. Esasen bu yaklaşımda, ihmalin düşünce âleminde illiliği üzerinde bir yargıya varılacağı ve dolayısıyla da bu ilişkinin kesinliği mümkün olmayacağı için, “gerçeğe yakınlık derecesi” ile yetinilmektedir.¹⁸⁷ Bu teoriye göre, görünüşte ihmali suçlarda ihmali davranış ile netice arasında “farazî”, “varsayımsal” nedensellik bağı mevcuttur.¹⁸⁸ Bu konuda Yurtlu ve Özgenç ile aynı kanaati paylaşmaktayım.

İhmalin nedenselliğinden söz edilebilmesi için, ihmal eden kişi icrai bir hareket yapmış olsa idi nasıl bir sonuca ulaşabileceğinin de tahayyül edilmesi gerekir. İhmalin neticenin sebebi olup olmadığı konusunda, hipotez halinde sebebiyet ilişkisini hâkim zihninde kuracaktır. Burada sorulması gereken soru şu olmalıdır:

¹⁸⁵ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 42-43.

¹⁸⁶ Ayhan ÖNDER 1992, age, s. 209.

¹⁸⁷ Fatih YURTLU (2021), “Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. XXV (3), s. 579-636.

¹⁸⁸ İzzet ÖZGENÇ 2021a, age, S. 4, s. 303-378.

İhmal olmamış olsa idi netice meydana gelmeyecek mi idi veya bu şekilde meydana gelmeyecek mi idi ya da bu zamanda meydana gelmeyecek mi idi? Bu noktadan hareketle, ihmali suçlarda nedensellik şu şekilde saptanabilir: “Fail, icrai hareketi yapmış olsaydı netice meydana gelmeyecekti diyebiliyorsak, ihmal neticenin sebebidir”. Bu ifade ile ihmalin netice bakımından şart niteliği de araştırılmış olmaktadır. Günümüzde öğretilde ve uygulamada kabul gören kıstas şudur: “Fail, hareket etmiş olsaydı tipik neticenin meydana gelebilme olasılığı gerçeğe yakın bir derecede engellenebilecek idi ise, ihmal nedensel bir kıymet taşımıştır.” İhmal yerine icra hareketi yapılmış olması halinde neticenin meydana gelmesine mutlak ve objektif olarak engel olunabileceğini istemeye gerek yoktur. İhmalin gerçeğe yakınlık derecesi ile yetinmek gerekecektir.¹⁸⁹ Kanaatimiz bu yöndedir.

İhmalin nedenselliğini açıklamaya yönelik ikinci yaklaşım ise “rizikonun azaltılması kuramı’dır (tehlike kriteri)”. Kuramı savunanlar, istenmeyen neticenin “kesinliğe yakın bir derecede engellenebileceği” ölçütüne katılmamakta ve bu olasılığı bir miktar aşağıya çekmektedir. Bahsi geçen yaklaşıma göre, önemli olan neticenin gerçekleşmesi noktasında failin mevcut rizikoyu azaltmaya yönelik davranışı gerçekleştirilmemesidir.¹⁹⁰

Bu iki kuramın haricinde farklı bir yaklaşım da Özgenç tarafından ortaya konulan görüştür: Nedensellik bağının icrai suçlarda objektif nitelikte doğal bir olgu olarak ortaya çıktığını ancak ihmali suçlarda bu şekilde bir tespitin mümkün olmadığını, dolayısıyla da ihmali suçlar bakımından nedensellikten bahsetmenin mümkün olmadığını öne sürmektedir. Özgenç mealen şöyle demektedir: Hakikat kazanan neticeden ötürü ceza sorumluluğuna gitmek için, bu neticenin kişiye nesnel olarak dayandırılması (isnad etmek) gerekir. Ancak, bu isnadiyeti tabii bir olgu olarak açıklamak imkansızdır. Belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi ile ortaya çıkan neticeyi birbirleriyle alakadar kılmak ancak normatif bir değerlendirme suretiyle olasıdır. Bu bakımdan, görünüşte ihmali suçlar göz önüne alındığında doğal bir görüngü (fenomen) olan nedensellik bağından söz edilemez.¹⁹¹ İcrai suçlarda (kasti ve taksirli) olduğu gibi, gerçek olmayan ihmali suçlarda da neticenin kişiye dayandırılması (isnad) iki koşulun varlığına bağlıdır: Nedensellik bağı ve objektif isnadiyet. Nedensellik, oluşsal bir kategori olarak,

¹⁸⁹ Ayhan ÖNDER 1992, age, s. 211.

¹⁹⁰ Fatih YURTLU 2021, age, s. 579-636.

¹⁹¹ İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 403.

gerçek bir enerjiyi ve güç kullanmayı gerektirirken ihmalde bu hususiyet bulunmaz. Dolayısıyla ihmalî suçlarda tabii (fiziki) manada bir illiyet bağı bulunmamaktadır. İhmalî suçlarda mekanik anlamda bir nedensellik ilişkisi bulunmayıp buradaki nedensellik normatif bir değerlendirme ile belirlenmektedir.¹⁹²

Önemle belirtmek gerekir ki, özellikle ön gelen fiil dolayısıyla teminat yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda, failin öngelen fiiliyle örneğin ölüm neticesi arasında doğal bir fenomen olarak nedensellik bağı bulunmaktadır.¹⁹³

Dönmezer'e göre; yapılması ihmal edilen fiilin icrası, sosyete ve suç kurbanı tarafından meşru bir surette, ihmal eden kimseden beklenebileceği hallerde ihmal suretiyle icranın tecziyesi icap eder. Sosyete ve ferdin ise icrasını isteyebileceği e'fal, ancak, 1) Kanun, nizamname ve talimatnamelerin,- 2) Amme veya hususiye hukuku mukavelelerinin koyduğu mükellefiyetlerden ibaret olabilir.¹⁹⁴ Önder ise hukuki yükümlülük kaynaklarını şu başlıklar altında zikretmiştir: 1) Hukukî yükümlülük doğrudan doğruya kanundan kaynaklanabilir,- 2) Yükümlülük akitten de kaynaklanabilir,- 3) Yükümlülük daha önce gerçekleştirilmiş olan hareketten doğabilir.¹⁹⁵

1.2.6.3 Ara Değerlendirme

İcrai suçlarda dış dünyadaki neticeyi yine dış dünyadaki bir davranış meydana getirdiği için doğa bilimi kurallarına göre bir paralelliğin varlığına karşın; ihmalde böyle bir paralellik söz konusu değildir. Hatta icrai suçların aksine ihmalî suçlarda suç teşkil eden, kişinin dış dünyada hiçbir şey yapmamasıdır. Ancak nihayetinde, icra ve görünüşte ihmalî suçlar arasında dış dünyada meydana gelen netice (örneklerde ölüm neticesi) yönüyle herhangi bir fark bulunmamaktadır. İcrai davranışta aktif bir şey yapılması ile doğrudan nedensellik süreci başlar ve bir netice meydana gelir. Buna karşılık ihmalî davranışta pasif kalma ile doğrudan bu nedensellik süreci başlamaz. Bu sürecin başlaması için pasif kalmamaya yönelik bir beklentinin (neticeyi engelleme yükümlülüğünün) varlığı zorunludur.

Vicdan noktai nazarından mülâhaza edilirse, bir adamı müspet bir fiil ve hareket ile öldüren kimse ile kendisi için hiçbir tehlike mevzu bahis olmadığı halde

¹⁹² Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 399.

¹⁹³ İzzet ÖZGENÇ 2021a, age, S. 4, s. 303-378.

¹⁹⁴ Sulhi DÖNMEZER 1944, age, s. 473-494.

¹⁹⁵ Ayhan ÖNDER 1992, age, s. 209.

sırf bu kimsenin ölümünden elde edeceği bir istifade dolayısıyla meselâ boğulmasını seyreden kimsenin hareketleri arasında ahlaki kötülük bakımından bir fark yoktur. Fakat ilâve edelim ki ahlâk sahasında cari olan bu mülâhazayı hukuk sahasına nakletmek hiç de doğru bir hareket teşkil etmez. Filhakika böyle bir hareket tarzı, ferdin, hem cinslerinin işlerine karşı olan müdahale sahasını ölçsüz bir surette genişletmiş olur, ahlaki yardım ve müzaheret vazifesini hukuken müeyyide altına sokulmuş daimî bir mükellefiyet haline sokardı. Halbuki böyle bir telâkki, halihazır sosyal vaziyetle kabili telif değildir.¹⁹⁶

Bugün Türk ceza hukukunda, Alman ceza hukukunun aksine, garantörlük kaynakları (ihmalî neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülükler olarak) kanuni düzenleme, sözleşme ve önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış olarak açıkça belirtilmiştir. Türk hukukunda bu kaynaklar, bugün Alman hukukunda ağırlıklı olarak kabul edilen koruma ve gözetim yükümlülüğünden oluşan maddi hukuki yükümlülük teorisinin (modern tasnif) zıttı olan, şekli hukuki yükümlülük kuramıdır (klasik tasnif).¹⁹⁷ Yine bugün itibariyle, TCK'da, ihmalî davranışla öldürme ve yaralama suçlarının kasten işlenmesi açık biçimde düzenlenmiş olmasına rağmen bunların taksirle işlenmesine yer verilmemiştir.¹⁹⁸

1.2.7 Gerçek ve Görünüşte İhmalî Suçların Tasnifi

Alman öğretisinde ihmalî suçlar iki gruba ayrılmaktadır: Saf ihmalî suçlar (gerçek ihmalî suçlar) (*delicta omissiva*) ve nitelikli (garantörsel) ihmalî suçlar (görünüşte ihmalî suçlar) (ihmal suretiyle icra suçları) (*delicta commissiva per omissionem*).¹⁹⁹⁻²⁰⁰⁻²⁰¹ Kunter tarafından, normcu netice kavramına göre de ihmalî suçlar tasnif edilmiştir. Buna göre, suçlar; 1) İcra suretiyle icra suçları,- 2) İcra suretiyle ihmal suçları,- 3) İhmal suretiyle ihmal suçları,- 4) İhmal suretiyle icra suçları, şeklinde sınıflandırılırlar.²⁰² Öğretide bir diğer görüş de ihmalî suçları özgü (mahsus) suç olup olmamasına göre ayırmaktadır. Buna göre; bütün nitelikli (garantörsel) ihmalî suçlar özgü suçlardır (garantör suçları), zira bunlarda özel bir

¹⁹⁶ Sulhi DÖNMEZER 1944, age, s. 473-494.

¹⁹⁷ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 51.

¹⁹⁸ Age, s. 69.

¹⁹⁹ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 268.

²⁰⁰ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 99.

²⁰¹ Berrin AKBULUT 2019, age, s. 272.

²⁰² Kunter N 1954, age, s. 111, *Aktaran* Hakan HAKERİ 2003, age, s. 99.

neticeyi önleme yükümlülüğü söz konusudur. Buna karşılık saf ihmali suçlar hem genel suç hem de özgü suç şeklinde söz konusu olabilir.²⁰³

İhmal suretiyle icra terimi, yerini görünüşte ihmali suç gibi ihmal eksenli terimlere bırakması ile ihmal öğretisinin ayrı bir hüviyet kazanmasının sonucu idi. Bu halde de ihmal öğretisinde suç grupları arasında tasnifler ortaya çıkmıştır. Konuyu şu örneklerle somutlaştıracak olursak; hekim H, görevini yaptığı sırada hastası A'nın vücudunda darp izlerine rastlar, ancak durumu yetkili mercilere bildirmez. B, altı aylık bebeğini beslemez ve bebek gıdasızlıktan ölür. Verilen her iki örnekte de failer pasif kalmışlardır. Bu pasiflik birinci örnekte Kanunun "suçu bildir emrinin" (TCK m.280) yerine getirilmemesi; ikinci örnekte kanunun yasakladığı ölüm neticesinin (aynı zamanda bir hareket yapmak suretiyle de meydana gelebilecek), neticeyi engelleme yükümlülüğü olan anne tarafından "neticeyi engellemek için hareket et emrinin" (TCK m.83) yerine getirilmemesi ile -pasif kalmasıyla- tezahür etmiştir. Her iki örnek de ceza hukuku açısından ihmale işaret etmektedir. Alman ceza hukukunda 1975 yılından önce bütün icrai suçların aynı zamanda ihmali davranışla da işlenmesini sağlayan genel bir hüküm bulunmamakta idi. Bunun yanı sıra mevzuatta ihmal suretiyle işlenen (görünüşte ihmali) suçlara ilişkin suç tiplerine de az sayıda yer verilmişti. 1975 yılında ise, Alman Ceza Kanunu'nun 13. maddesi [*§ 13. Omission as commission (1) Whoever fails to prevent a harm which is part of the constituent elements of a crime may be punished under this Code only if he was under a legal duty to prevent the harm, and if his failure to act was equivalent to an affirmative act for purposes of establishing the statutorily defined constituent elements of the crime. (see The Penal code of the Federal Republic of Germany, infra)*]²⁰⁴ olarak genel bir hükümle görünüşte ihmali suçun koşulları belirlenmiştir. Böylece ihmali davranışla da neticelerinin meydana getirilmesine elverişli -eşdeğer- olmaları kaydıyla, ceza mevzuatındaki icrai suçların ihmal suretiyle de işlenmesinin cezalandırılması, bir hükme dayandırılmış ve bu hükümle hâkime ceza miktarında indirim yapma imkânı tanınmıştır.²⁰⁵

Görüldüğü üzere, görünüşte ihmali suçların yapısında icrai suçlarda olmayan bazı özel durumlar söz konusudur. Bu özel durumların hukuki niteliğinin ne olduğu

²⁰³ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 100.

²⁰⁴ François LAREAU (2021), *Selected Bibliography on Omissions in Criminal Law, Comparative Law with Elements of Philosophy*, <http://www.lareau-law.ca/omission.htm9>. ET. 03.07.2021

²⁰⁵ Rahime ERBAŞ 2019, age, s. 42-43.

ve hangi başlık altında incelenmesi gerektiği oldukça önemlidir. Alman doktrininde, görünüşte ihmali suçların yapısı genel hatlarıyla şu şekilde tablolştırılmaktadır:²⁰⁶

YAPISAL UNSURLAR (TİPİKLİK)

Yapısal Unsurların (Tipiklik) Durumu: Neticeli bir suçun objektif unsurlarıyla aynıdır.

→ Objektif (Maddi) Unsurlar

- Fiziki/Maddi olarak yapılabilecek, neticeyi engellemeye uygun olan hareketten kaçınılması (Fiil Unsuru)
- Varsayımsal/kuramsal/hipotetik nedensellik ve objektif isnadiyet
- Garantörlük (Alman CK 13. madde uyarınca garantör pozisyonu ve olay özelinde harekete geçme ödevi)
- İhmali davranışın İcrai davranışa eşdeğer olması (Eşdeğerlik/Denklik Kaydı)

→ Subjektif (Manevi) Unsurlar

- Tüm maddi unsurlar bakımından kast
- Diğer manevi unsurlar - taksir

HUKUKA AYKIRILIK

- Tamamlanmış icrai suçlar bakımından geçerli olan tüm nedenler
- Özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak “*yükümlülüklerin çatışması*”

KUSURLULUK

- Tamamlanmış icrai suçlar bakımından geçerli olan tüm nedenler
- Norma uygun hareketin şahsi olarak “*beklenebilirliği*”
- Yasak hatasının karşılığı olarak “*emir hatası*” (Alman CK 17.madde)

1.2.8 Türk Ceza Hukukunda Ayırım Gereksinimi ve Ölçütler

Gerçek (saf) ihmali suçlar ve görünüşte (nitelikli, garantörsel) ihmali suçların birbirinden nasıl ayrılması hususunda halen bazı tartışmalar söz konusudur. Bu ayırımın yapılabilmesi için çeşitli ölçütler (kriter) ortaya konulmuştur. Hakeri, nedensellik bağının gerekliliği noktasında saf ihmali suçlar ile nitelikli ihmali suçlar arasında bir fark olmadığını belirtmiştir. Ona göre; her ikisinde de söz konusu olan

²⁰⁶ Fatih YURTLU 2021, age, s. 581-638.

“ihmali hareket” olduğuna göre, nedensellik bakımından bu iki ihmal tipi bakımından ayırım yapmak gereksizdir. Hakeri, bu iki ihmali suç arasında garantörlük (yükümlülük) bakımından fark olduğu hususuna dikkati çekmektedir.²⁰⁷

1.2.8.1 Maddi Ölçüt

Gerçek (saf) ihmali suçlar hareket etmeye yönelik basit emirlerin ihlâli İken, görünüşte (nitelikli, garantörsel) ihmali suçlar bir neticenin önlenmesine yönelik emirlerin ihlâli niteliği arz etmektedirler. Bu görüşe göre bir ihmali suç tipi basit bir ihmalden öte bir neticeyi gerekli kılıyorsa görünüşte ihmali suç, aksi takdirde gerçek ihmali suç söz konusu olacaktır.²⁰⁸ Gerçek ihmali suçlar bakımından, kanun tarafından yapılması emredilen bir hareketin yapılmaması durumu söz konusudur. Burada, yapılması emredilen hareket ile sonuçta hukuk düzeni tarafından olumsuz görülen bir netice engellenmek istenmektedir. Fakat, kanun koyucu, ihmal edene, neticeyi önlemek hususunda herhangi bir yükümlülük yüklememiştir ve belirli bir neticenin meydana gelmesi suçun tipik unsurlarına dahil değildir. O sebeple, saf ihmali suçlar şekli suçların karşılığıdır.²⁰⁹ Görünüşte ihmali suçlar ise, aslında icrai bir davranışla işlenebilen suçlardır. Ancak, kişi belli bir sonucun gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunduğu için, bu sonucun oluşumuna kendisi neden olmasa bile, onu engellememesi durumunda, ihmali davranışla bir suç işlemiş kabul edilmektedir. Söz gelimi, acil tıbbi müdahaleye gereksinim duyan bir hastaya, görevli hekim tarafından gerekli tıbbi müdahalede bulunulmaması sonucu hastanın ölmesi halinde, ihmali davranışla işlenmiş olan bir adam öldürme suçundan bahsedilecektir.²¹⁰

Yurtlu’ya göre; saf ihmali suçlarda emredilen davranış, norm tarafından doğrudan belirlenmesine rağmen görünüşte ihmali suçlardaki davranış norm tarafından doğrudan belirlenmiş değildir. Görünüşte ihmali suçlarda davranış, yani yapmama, çok farklı şekillerde tezahür edebilir. Çünkü görünüşte ihmali suçlarda esas olan, istenmeyen neticenin engellenmesine yönelik davranışlardan herhangi birinin yapılmamış olmasıdır. Bu nedenle görünüşte ihmali suçlar, çoğu zaman “serbest davranışlı (hareketli) suçlar” olarak karşımıza çıkmaktadır. Nasıl ki icrai

²⁰⁷ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 234.

²⁰⁸ Age, s. 234.

²⁰⁹ Kayıhan İÇEL, Füsün Sokullu-Akıncı, İzzet ÖZGENÇ, Âdem SÖZÜER, Fatih Selami Mahmutoglu ve Yener ÜNVER 2000, age, s. 62.

²¹⁰ Age, s. 62-63.

fiille işlenen “kasten öldürme veya yaralama” suçlarında davranış, ontik anlamda çok farklı formlarla (silahla ateş etme, bıçaklama, zehirlenme, elleriyle boğma vs.) gerçekleştirilebiliyorsa; görünüşte ihmali suçlarda da tipik neticeyi engellemeyen “yapmama” farklı formlarla gerçekleştirilebilir. Çünkü görünüşte ihmali suçlar da tipik icrai suçlar gibi bir yasak normunun ihlalinden oluşmaktadır. Görünüşte ihmali suçların bağlama noktasını oluşturan fiil, istenmeyen neticeyi önlemeye müsait olduğu halde yapılmayan davranıştır. Örneğin, boğulmakta olan bir kimseye yönelik olarak garantörün yapması gereken şey, "kurtarmaya elverişli herhangi bir davranıştır". Örnek olayda fail "yüzerek boğulan kişiyi kurtarma", "yakınlarda bulunan cankurtarana haber verme", "botla mağduru kurtarma" ya da "mağdura doğru can simidi atma" gibi farklı seçeneklere sahip olabilir. Mevcut seçeneklerden herhangi birini denemesine rağmen neticenin meydana geldiği hallerde ise failin sorumluluğuna gidilemez. Kısacası, görünüşte ihmali suçlar bakımından birçok davranış neticeyi önleyebilecek nitelikte olabilir. Bu bakımdan, tipik durumda istenmeyen neticeyi engellemeye elverişli olduğu halde failin yapmaktan kaçındığı davranışlar, yani “yapmamalar” ihmali suçun fiil unsurunu oluşturmaktadır.²¹¹

Görünüşte ihmali suçlarda garantöre neticeyi önleme yükümlülüğü yüklenmektedir. Neticenin gerçekleşmesi tipikliğe dahildir. Neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmeyen garantör tipik neticeden dolayı ceza hukuku sorumluluğuyla karşı karşıya kalır. Bu suçlarda neticeyi kendisi meydana getirmese bile, neticenin meydana gelmesine engel olmaması dolayısıyla ihmalde bulunan kişi sorumlu tutulmaktadır. Bu nedenledir ki görünüşte (nitelikli, garantörsel) ihmali suçlar maddi suçların eşi, karşılığıdır. Örnek verilecek olursa; belirli ağır bir suçun işlenmesi durumundan inandırıcı biçimde haberdar olan yetkili polis memuru suçu gerektiğinde hayatını ortaya koyarak engellemek durumundadır, aksi takdirde işlenen suçtan dolayı sorumlu olur. Bir kazaya neden olan (öngelen tehlikeli eylem) sürücü yaraladığı kişiye doktor temin etmek, tedavi ettirmek zorundadır, aksi takdirde kasten adam öldürmeden dolayı sorumlu olur.²¹²

Bu ölçüt, Türk hukukunda öğreti ve uygulamada ağırlıklı kabul edilen ölçüttür. Nitekim Yargıtay da bu hususu şöyle belirtmiştir: "Gerçek ihmali suçlar hareketin yapılmasıyla gerçekleşen ve kanuni tanımlarında netice aranmayan suçlar

²¹¹ Fatih YURTLU 2021, age, s. 581-638.

²¹² Hakan HAKERİ 2003, age, s. 102.

olduğundan bu suçlarda nedensellik bağının araştırılmasına gerek yoktur". Maddi ölçütü Türk ceza hukuku açısından örneklerle açıklamak gerekir ise, TCK'nın 278. maddesinin 1. fıkrasına göre işlenmekte olan bir suçta yetkili makamlara bildirmeyen kişi cezalandırılır. Bu suç tipi, sadece "suçta bildir" emrini vermekte ancak bu emir ile örneğin suçun işlenmesinin engellenmesi gibi bir netice öngörmediğinden bu ölçüte göre gerçek ihmali suçtur. Yine TCK'nın 83. maddesine göre kişi, yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulur. Maddi ölçüte göre bu suç tipi, açıkça "ölüm neticesi" öngördüğünden görünüşte ihmali suç niteliğine sahiptir.²¹³

Maddi ölçüt hakkında getirilen başlıca eleştiriler; tipik bir netice gerektiren saf ihmali suçların da ceza kanununda bulunduğu, aynı şekilde sadece basit bir ihmalden ibaret olan nitelikli ihmali suçların da varlığı şeklindedir. Dolayısıyla, gerçek (saf)-görünüşte (nitelikli) ihmali suçların ayırımı tipik neticenin gerekli olup olmamasına göre yapılamaz.²¹⁴ Türk hukukunda neticeye dayalı bir ayırmadan hareket edilmesi sebebiyle özellikle terk (TCK m.97) ve yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (TCK m.98) suçları ile kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK m.83) ve kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi (TCK m.88) suçları arasındaki ilişki, karmaşık bir görünüm arz etmektedir. Bu doğrultuda meseleye şöyle yaklaşmaktadır: Terk ve yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçlarının temel şekillerinde Kanun, terk etmemeye ve yardım veya bildirim yükümlülüğüne yönelik bir emirde bulunmuştur. Bu yönüyle maddi ölçüte göre bu iki suç tipinin temel şekli, gerçek ihmali suç tanımına uymaktadır. Ancak, Kanun, bu suçlar bakımından ölüm ve yaralama neticelerinin daha fazla cezayı gerektiren haller olarak bu suçların netice sebebiyle ağırlamış hallerini de öngörmüştür. Bu durumda suçun temel şekli, gerçek; netice sebebiyle ağırlaşan halinin ise, görünüşte ihmali suç olması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. İşte tam bu noktada maddi ölçüt, yetersiz kalmaktadır.²¹⁵ Hakeri, 765 sayılı TCK döneminde kaleme almış olduğu eserinde şu örneği vermektedir: Sözelimi TCK m.476/II (Alman CK m.323c) örneğinde bu görüşün uygulanamayacağı görülmektedir. TCK m.476/II gereğince ihmal edilmesi cezalandırılan hareket, herhangi bir hareket değil, somut bir tehlike durumuyla

²¹³ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 84.

²¹⁴ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 102-103.

²¹⁵ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 84-85.

bağlantılı olarak mevcut tehdidin önlenmesine yönelik bir yardım faaliyetidir. Dolayısıyla buradaki yardım faaliyeti de aynen nitelikli (garantörsel) ihmali suçlarda olduğu gibi bir neticenin önlenmesini amaçlamaktadır.²¹⁶ Akbulut'a göre; görünüşte ihmali suçlar sadece "zarar suçları" ile sınırlı değildir. Akbulut şöyle demektedir: "Kabahatler Kanunumuzda ise genel hükümler başlığını taşıyan birinci kısmın kabahatten dolayı sorumluluğun esasları isimli ikinci bölümün 7. maddesinde kabahatin ihmali davranışla işlenmesi başlığı altında ihmale ilişkin belirleme yapılmıştır. Yani, Ceza Kanunundan farklı olarak, genel nitelikte bir düzenlemeye yer verilmiştir. Maddede, kabahatin icrai veya ihmali davranışla işlenebileceği ihmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belirli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukuki yükümlülüğün bulunması gerektiği hükme bağlanmıştır."²¹⁷

1.2.8.2 Şekli Ölçüt

Bu görüş, suçların ancak dış-şekli ölçüte göre ayırt edilebileceğini öne sürer ve pozitivist görüş olarak da adlandırılır. Buna göre gerçek (saf) ihmali suçlar kanunda düzenlenmiş iken, görünüşte (nitelikli, garantörsel) ihmali suçlar kanun dışında uygulama ve öğreti tarafından oluşturulmuştur ve bunlarda icrai bir suç tipinden yola çıkılarak ihmali bir hareketin, davranışın cezalandırılması söz konusudur.²¹⁸ Maddi ölçütün aksine, bu kez suç tiplerinin içeriği ile değil, bunların kanunlarda ne şekilde düzenlendiği ile ilgilenen şekli ölçüte dayanılmıştır.²¹⁹

Bu görüşün çıkış noktası, Alman ceza hukuku mevzuatında gerçek ihmali suçların aksine görünüşte ihmali suçlara ilişkin suç tiplerinin tek tek düzenlenmemiş olmasıdır. Alman hukukunda, keza kanunda tanımlanmış olması açısından, gerçek ihmali suçlar icrai suçlara benzetilmektedir.²²⁰ Eğer özel kısımda açıkça ihmal kavramı veya benzer bir kavram kullanılmış ise, bu takdirde saf ihmali suçlar söz konusu olmaktadır. Buna karşılık görünüşte (nitelikli, garantörsel) ihmali suçlar, esasen kanunda icrai suç tipi olarak belirlenmiş olup da ilkin yorum yoluyla ihmal suretiyle de işlenebilecekleri kabul edilen suçlardır ve bu tip suçlara özel kısımdaki ilgili hüküm doğrudan değil de ancak genel kısımdaki görünüşte (nitelikli,

²¹⁶ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 103.

²¹⁷ Berrin AKBULUT 2019, age, s. 276.

²¹⁸ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 103.

²¹⁹ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 87.

²²⁰ Age, s. 87.

garantörsel) ihmali suçlara ilişkin genel hüküm (Alm. CK m.13 veya Avusturya CK m.2) üzerinden uygulanabilir.²²¹ Türk ceza hukuku mevzuatında gerçek ihmali suçlarda olduğu gibi görünüşte ihmali suçlara ilişkin suç tipleri de tek tek mevzuatta düzenlenmiştir. Bu sebeple, Alman hukuku için bugün de uygulanabilirliğini devam ettiren bu ölçüt, görünüşte ihmali suçlara ilişkin herhangi bir düzenlemenin olmadığı 2005 öncesinde yerleşmiş bir ölçüt olsa da bugün Türk ceza hukuku için belirleyici bir ölçüt değildir.²²²

1.2.8.3 Emir Normu ve Yasak Normu Ayırımından Hareket Eden Ölçüt

Bu ölçüte göre ihmali suçun tipikliğinin esas olan norm, gerçek ve görünüşte ihmali suç ayırımında temel çıkış noktasında yer almaktadır. Bu doğrultuda söz konusu normun, emir mi yoksa yasak normu mu olduğuna göre ayırım yapılmaktadır. Buna göre, gerçek ihmali suçlar, örneğin "suçu bildir" şeklinde bir emir normunun yerine getirilmemesini ifade ederken; görünüşte ihmali suçlar, örneğin "öldürme" şeklinde yasak normlarını ifade eden icra suretiyle meydana getirilen neticelerin aynı zamanda ihmali davranışla da meydana getirilmesini ifade etmektedir.²²³ Bu görüşü savunanlara göre; saf ihmali suçlarla nitelikli (garantörsel) ihmali suçlar arasındaki ayırım, ihmal edenin bir yasağa mı (nitelikli -garantörsel- ihmali suçlar), yoksa bir emre mi (saf ihmali suçlar) aykırı davrandığına göre yapılmalıdır.²²⁴

1.2.8.4 İcraya Denk Olma Ölçütü

Bu ölçüte, teknik-mantıksal bakış açısı adı da verilmektedir. Buna göre bütün icra eşiti ihmaller nitelikli (garantörsel) ihmali suçlardır. Saf ihmali suçlar ise ancak aktif bir hareket ile tipikliğin gerçekleştirilmesine uygun düşmeyen icra eşiti olmayan suçlardır. Daha ayrıntılı ifade etmek gerekirse, ihmal, ceza hukuku bakımından tipikliğin aktif bir hareket ile gerçekleştirilmesine eşit kılınabiliyorsa nitelikli (garantörsel) ihmali suç söz konusudur. Asıl olan icraya eşit kılınmış olmasıdır.²²⁵ Pratik bakımdan ihmal suretiyle icrai hareketin tespiti için üç aşamadan geçilmelidir (Üç Aşama Testi):

²²¹ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 104.

²²² Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 88.

²²³ Age, s. 89.

²²⁴ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 104.

²²⁵ Age, s. 105.

1- Yasak normuna aykırılık: Eylemin bir yasak normu çerçevesinde değerlendirilmesi,

2- Pasif Davranış: Failin haksızlığın oluşumuna sebebiyet veren hareketinin ontolojik olarak pasif olması,

3- Eşdeğerlilik: Failin kanundan, sözleşmeden ya da önceden gerçekleştirdiği davranışından kaynaklı olarak haksızlığın meydana gelmesini önleme yükümlülüğünün bulunması sebebiyle pasif davranışının aktif davranışa eşdeğer sayılması.²²⁶

Tozman'a göre; ihmali davranışın icrai davranışa eş değer olabilmesi için kişinin belli bir icrai davranışta bulunmak konusunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması ya da önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gerekir.²²⁷

Gerçek-görünüşte ihmal ayrımını ilk kez yapan kişi olan Luden, görünüşte ihmali suçların gerçek ihmali suçlardan farklı olarak, aynı zamanda icrai surette de işlenebilen suçlar olmasından hareket etmiştir. Bu nedenle esasında, gerçek-görünüşte ihmal ayrımında en eski ölçüt, "icrai davranışla da işlenebilir olma ölçütüdür." Günümüzde bu yaklaşım, yani "aynı zamanda icra ile de işlenebilir olma" ölçütü tek başına yeterli olmamakta, bunun yanı sıra "kanun koyucunun ihmali ne zaman icraya eşdeğer" gördüğünün de araştırılması gerekmektedir.²²⁸

1.2.8.5 Yükümlülüğün Varlığına Göre Ölçüt

Bu ölçüte göre ihmali suçlar arasındaki ayrımın, neticeyi engelleme yükümlülüğünün her ihmali suçta olmadığı tespitinden hareketle yapılması amaç edinilmiştir.²²⁹ Başka bir deyişle, bu görüş bir suçta yükümlülüğün (garantörlük) şart koşulmuş olup olmamasına göre ayırım yapmaktadır. Buna göre, nitelikli (yükümlülük temelli, garantörsel) ihmali suçlarda yükümlünün özel konumuna daima önem atfedilmektedir. Özel ilişkiler, olaylar, özel yaşam dairesi, sıkı bağlantı gibi kavramlar, nitelikli (yükümlülük temelli, garantörsel) ihmali suçlarda, saf ihmali

²²⁶ Aras TÜRAY (2020), "İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı", *YÜHFD*, C. XVII, s. 115-154.

²²⁷ Önder TOZMAN (2009), "İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme", *TBB Dergisi*, S. 84, s. 160-187.

²²⁸ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 92-93.

²²⁹ Age, s. 94.

suçlara nazaran farklı olan bir duruma işaret etmektedir ki, bu da garantörlüktür. Garantörlüğün gerekli olduğu suçlar nitelikli (yükümlülük temelli, garantörsel) ihmali suçlar iken, garantörlüğün gerekli bulunmadığı suçlar saf ihmali suçlardır. Bu görüşe karşı, ayırım unsurunu ortaya koyamadığı eleştirisi yöneltilmekte, bazı yazarlar ise saf ihmali suçlarda da garantörlüğün bulunduğunu benimseyen bir yol tutmakta ve bu kabul dolayısıyla nitelikli (yükümlülük temelli, garantörsel) ihmali suçlarla saf ihmali suçlar arasındaki ayırımın garantörlüğün bulunup bulunmamasına göre yapılamayacağına işaret etmektedirler.²³⁰

1.2.8.6 Hukuki Yükümlülüğün Özelliğinden Hareket Eden Ölçüt

Neticeyi engelleme yükümlülüğü, özünde bir hukuki yükümlülüğün varlığını gösterir. Ancak bu görüşe göre kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK m.83) suçundaki kanuni düzenleme, sözleşme ve öngelen tehlikeli davranışın getirdiği teminat yükümlülüğünden kaynaklanan hukuki yükümlülük, sosyal dayanışmadan doğan yardım veya bildirim yükümlülüğünün ihlali (TCK m.98) suçundakinden farklıdır.²³¹

Bu anlayışa göre, saf (gerçek) ve nitelikli (görünüşte, yükümlülük temelli) ihmali suçlar arasındaki belirleyici fark ihlâl edilen hukuksal yükümlülüğün özelliğinden kaynaklanmaktadır. Nitelikli ihmali suçlarda daha dar bir sosyal düzenden ileri gelen, özel bir sosyal bağlılık ve yükümlülük ve daha yüksek bir sorumluluk söz konusudur. Buna karşılık saf ihmali suçlarda hareket yükümlülüğü sosyal yaşamın evrensel alanından kaynaklanmakta ve normal bir sorumluluk manasına gelmektedir. Misal olarak, ebeveynin çocukları karşısındaki bakım yükümlülüğü, bir kaza sonrasında rastladıkları kimselere yardım ile mükellef olan kimselerin yükümlülüğünden daha farklı bir manaya sahiptir.²³²

Erbaş'a göre; hukuksal yükümlülüğün sıkı olup olmamasına dayanan bu ölçüt her şeyden önce belirsiz niteliktedir. Hangi ilişkinin ve hangi ölçüte göre ve yine ne kadar sıkı olması gerektiğinin tespiti güçtür. Elbette ki bir anne ile bebeği arasındaki ilişki ile aynı kişinin yoldan geçen kişi ile ilişkisinin aynı yoğunlukta olmadığı aşikardır. Ancak her suç tipinde bu durum bu kadar açık değildir.²³³

²³⁰ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 105.

²³¹ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 99.

²³² Hakan HAKERİ 2003, age, s. 106.

²³³ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 100.

1.3 TÜRK HUKUKUNDA GÖRÜNÜŞTE İHMALİ SUÇ KAVRAMININ GELİŞİMİ

1.3.1 Genel Mülahaza

Genel olarak kabul edilen söylem uyarınca, suçların daha çok, müspet, pozitif, icraî bir hareketle işlenebildiği, bir başka deyişle, failin "yaparak" suçu işlediği, menfi; negatif, ihmali bir hareketle işlenen ihmali suçlarda ise failin "yapmayarak" suçu işlediğidir. Ancak, ihmalin cezalandırılması anlayışının, Antik Yunandaki Platona kadar dayandığı gerek Roma Hukukunda gerekse Kilise Hukukunda yaptırım uygulandığı belirtilmektedir. Zira vicdan ve adalet düşüncelerinin, bireyin yalnızca yapacaklarının cezalandırılmasını değil, bazı eylemlerde bulunmaya da zorlanmasını gerekli kıldığı öne sürülmüştür.²³⁴

İhmali davranış, kaynağını davranış normlarından alan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi olarak tezahür etmektedir. Emredici mahiyetteki davranış normunun korumayı hedeflediği hukuki değer, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi suretiyle, ihlal edilmektedir. Davranış normlarıyla koruma altına alınan hukuki değerlere yönelik tehlike ve tecavüzler karşısında, bu tehlike ve tecavüzlerin önlenmesine yönelik yükümlülüğün yerine getirilmemesi, bir haksızlık teşkil etmektedir. Prensip olarak herkes, belli tehlike ve tecavüzler karşısında, bu tehlike ve tecavüzleri önlemekle yükümlüdür. Ancak, esasında herkese terettüp eden bu görevler; insan şahsiyetinin tekamülü amacına matuf olarak örgütlenmiş bir toplumda, toplu adına, bir kamusal faaliyet olarak, bir kamu hizmeti olarak; belli görevliler tarafından ifa edilmektedir. Bu görevler; bu amaçla görevlendirilmiş kamu görevlilerince ifa edilmeleri halinde ve ifa edildikleri müddetçe, toplumu oluşturan bütün fertlere terettüp eden bir görev olmaktan çıkarlar.²³⁵

Başta Türk Ceza Yasası olmak üzere yasalarda düzenlenen suçların çok büyük bir çoğunluğu icrai suç olarak düzenlenmiştir. Bunun için iki neden ileri sürülebilir. Birincisi icrai suçların neticesi olan zararın veya tehlikenin daha büyük olabileceği düşüncesidir. Örneğin, İngiliz Hukukunda da "birini öldürmenin, ölümüne yol açsa bile birini kurtarmaktan daha kötü olduğu" dile getirilmektedir.

²³⁴ Güçlü AKYÜREK (2015), "İhmali Suçlar", *İçinde, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayını, İstanbul, s. 139-158.

²³⁵ İzzet ÖZGENÇ (2005), *Türk Ceza Kanunu-Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 226.

Hatta bundan hareketle icrai suçların, ihmali suçlara göre daha ağır cezalandırıldığı da savunulmaktadır. Nitekim, Türk yasa koyucusu da kasten öldürme ve kasten yaralama eylemlerinin ihmali biçimde işlenmesini hafifletici neden olarak kabul ederek cezanın azaltılmasını öngörmüştür (m.83/3 ve m.88). İkinci neden ise hukukta kabul edilen "yasak olmayan serbesttir" görüşüdür. Zira yasada bazı hareketlerin yapılması yasaklanmakta ve yaptırıma bağlanmaktadır. Dolayısıyla icrai hareketlerin yasaklanması ve cezalandırılması bu anlayışa daha uygundur. İhmali suçlarda faile bir "yapma yükümlülüğü" verilmekte ve bundan kaçınması yani ihmal etmesi suç oluşturmada ve cezalandırılmaktadır. Bunun kaynağının da "toplumsal sorumluluk ilkesi" olduğu belirtilmektedir.²³⁶

1.3.2. Türk Hukukunda Gerçek ve Görünüşte İhmali Suç Ayırımı

Görünüşte (nitelikli, garantörsel) ihmali suçlar, tipe uygun bir neticenin engellenmemesi suretiyle gerçekleştirilen suçlardır. Ancak, bunun için failin neticeyi önlemek bakımından özel bir hukuki yükümlülük (garanti yükümlülüğü-garantörlük-güvencecilik) altında bulunması gerekir. İcrai hareketle işlenen neticeli suçların ihmali hareketle işlenmesi de kanunda suç olarak tanımlanabilir. İşte kanunda düzenlenen ve icrai hareketle işlenebilen bir suçun ihmali hareketle de işlenmesine gerçek olmayan (görünüşte, nitelikli) ihmali suç denmektedir.²³⁷

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun (5237 sayılı kanun) 83. maddesinde öngörülen kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesine ilişkin düzenleme bir görünüşte ihmali suç niteliğindedir. Kanunun 83. maddesinin 1. fıkrası; "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." hükmünü getirmiştir. Bu hükme göre kişinin meydana gelen bir ölüm sonucundan belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için, davranışının icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. Bir başka deyişle yükümlülük ihmali ile meydana gelen ölüm sonucuna, failin hareketsiz kalarak yapılması gereken davranışta bulunmamak veya gecikerek bu davranışı gerçekleştirmek suretiyle katkıda bulunması veya neden olması söz konusudur. Fail, kasten öldürme

²³⁶ Güçlü AKYÜREK 2015, age, s. 139-158.

²³⁷ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 394.

konusunda aktif bir harekette bulunmamakta, öldürme eylemini icra etmemekte, ancak hareketsiz kalmak suretiyle sonucun gerçekleşmesine yol açmaktadır.²³⁸

Görünüşte ihmalin cezalandırılabilirliği konusundaki kanuni düzenleme açısından en önemli sorun, sadece neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan şahsın fail olabileceğinin hukuki izahıdır. Nitekim TCK'nın "kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesini" cezalandıran 83. maddesinde de failin, yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla ölüm neticesine sebebiyet vermesi aranmaktadır. Bu ifade biçiminden açıkça anlaşıldığı üzere, görünüşte ihmali suçtan dolayı failin cezalandırılabilmesi için neticeyi önlemek hususunda soyut bir ahlaki veya dini yükümlülüğün bulunması yeterli olmayacaktır; bu konuda hukuki bir yükümlülüğün varlığı gereklidir.²³⁹ "Hukuka dayanmayan bir yüküm, kişiyi sorumlu kılmaz".²⁴⁰ Gerçekten yükümlülüğün mutlaka hukuki temeli olması gerektiği, Feuerbach'tan bu yana açıkça dile getirilmektedir.²⁴¹

Ancak, görünüşte (nitelikli, garantörsel) ihmali suçlarda cezalandırılabilirlik için yani kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi bakımından, bu neticenin gerçekleşmesine sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. Nitekim TCK m.83'te bu durum açıkça belirtilmiştir.²⁴²

1.3.3 765 Sayılı TCK Döneminde Görünüşte İhmali Suçlara Bakış

Eski 765 sayılı TCK döneminde Türk öğretisi baskın bir şekilde ihmal suretiyle icra suçlarını üçüncü bir hareket türü olarak kabul etmiştir. Öğreti, hareketin görünüş şekillerini önce ikiye ayırarak icrai ve ihmali hareket olarak belirtmekte, ardından ihmali hareketleri gerçek ihmali suçlar (saf ihmali suçlar) – görünüşte ihmali suçlar (ihmal suretiyle icra suçları – gerçek olmayan – saf olmayan ihmali suçlar) olarak tasnif etmektedir. Bu dönemde yazarlar, ihmal suretiyle icra suçlarının açık bir kanuni düzenleme yapılarak hüküm altına alınması hususunda görüş bildirmemişlerdi. Çünkü yazarlar aslında icraen gerçekleşecek bir neticenin ihmali

²³⁸ Necati MERAN (2007), *Yeni Türk Ceza Kanunu*. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 420.

²³⁹ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 395.

²⁴⁰ Turhan Tufan YÜCE (1982), *Ceza Hukuku Dersleri*, Cilt-1. 1. Baskı, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa, s. 210.

²⁴¹ Paul Johann Anselm VON FEUERBACH (1832), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. 11. Bs., Verlag von Georg Friedrich Heyer, Giessen, s. 22-23, Aktaran Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 46.

²⁴² Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 395.

tutum sonucu da ortaya çıkabileceğini kabul etmekteydiler.²⁴³ Kıta Avrupası ülkelerindeki (Fransa dışında) bu suç grubunun kanunlaştırılmasına kadarki anlayış, eski TCK için de geçerliydi. Keza bu Kanunun genel hükümlerinde bazı normların içerisinde normun doğrudan düzenleme konusu olmasa da "yapmanın" bir alternatifi olarak "yapmama" ve "fiilin" alternatifi olarak "ihmal" ibareleri de mevcut idi. Bu da bahsi geçen dönemde ağırlıklı olarak savunulan ihmali davranışın icrai davranışla birlikte hareketin birer şekli olarak kabul edildiğini destekler niteliktedir. Gerçekten bu şekilde ihmali davranışla neticesine neden olunması mümkün olan tüm icrai suçların ihmal ile de işlenebileceği hukuken kabul edilmekteydi. Ancak bunun bir kıyas olduğu, bu nedenle bu uygulamanın kanunilik ilkesini (kıyas yasağı) ihlal ettiği eleştirisi getirilmekte idi.²⁴⁴ Bu hususta, Hakeri şunları yazmıştır: “Nitelikli (garantörsel) ihmali suçların cezalandırılabilmesi için icrai suç tiplerinin üç bakımdan genişletilmesi söz konusu olmaktadır. İlkin icrai suç tiplerinin tipik neticenin önlenmemesi suretiyle de işlenebileceği kabul edilmektedir. İkinci olarak her neticeyi önlemeyen sorumlu tutulmayacağından, fail olarak kimlerin söz konusu olabileceği belirlenmek durumundadır. Son olarak da pozitif fiil ile neticeye sebep olma yerine, nitelikli (garantörsel) ihmali suçlarda neticenin meydana gelmesine engel olmama yeterli görülmektedir. Dolayısıyla kıyas yasağının aşılması ve belirlilik emrine aykırı bir biçimde icrai suçlara ait tipikliğin bu şekilde genişletilmesi, kanunilik prensibi gereğince bir yasal düzenleme gerekliliğine yol açmaktadır. Türk hukuku bakımından önem arz eden husus, nitelikli (garantörsel) ihmali suçların kanunda düzenlenmiş olmamasıdır... Nitelikli (garantörsel) ihmali suçların cezalandırılabilirliği bakımından ya kanunda düzenlenmiş bulunan icrai veya ihmali suç tiplerinden birini esas almak ya da bu suçların cezalandırılabilirliğini kanunda ayrıca düzenlemek gerekmektedir. Kanunun nazarı itibara almış bulunduğu ihmali veya icrai suçlar kategorilerinden birini esas alarak yapılacak bir cezalandırmanın da kıyas yasağına aykırı olacağına işaret etmek gerekir. Nitekim bugün Türk ceza hukuku öğretisinde garantörsel ihmalin cezalandırılabilirliği kabul edilmektedir, ancak bu uygulamanın kıyas yasağının ihlâli anlamı taşıdığı eleştirisi yöneltilebilir.”²⁴⁵ Buna karşın, Erbaş şu kanaattedir: “Bu dönem için bugünküne benzeyen kanuni normların olmamasından ve Alman ceza hukuku sistemindeki

²⁴³ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAĞSIZ 2019, age, s. 493.

²⁴⁴ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 126-127.

²⁴⁵ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 197-198.

anlayışlar ile gelişmelerden hareketle eski TCK'nın görünüşte ihmali suçlar açısından kanunilik ilkesini sağlayamadığını düşünmek, hem eksik hem de bu dönem bakımından konuyu basite indirgemektir. Oysa mesele, bu kadar basit ele alınamayacak kadar karmaşıktır. Şöyle ki, eski TCK'nın mehzazını teşkil eden İtalyan Zanardelli Kanunu, 1889 yılına ait idi. Bu yıla kadarki ceza hukuku dogmatığının tarifli gelişimine bakıldığında görünüşte ihmali suç kavramının henüz gelişmediği görülür. Bu nedenle konu, Kanun'da özel hükümlerde kazuistik biçimde ve sınırlı olarak düzenlenmişti. Gerçekten özel hükümlere bakıldığında yapısı veya uygulaması itibarıyla bugün görünüşte ihmali suç kapsamında değerlendirilebilecek, terk suçu, sarhoşluğa sebebiyet verip yardım etmeme, görevi ihmal suçu gibi çeşitli suçlar mevcuttu. Nitekim yukarıda da gösterilmeye çalışıldığı üzere, bugün görünüşte ihmali suçların genel hükümler meselesi mi yoksa özel hükümler meselesi mi olduğu tartışmasında da son söz hala söylenememiştir. Kanaatimizce bu dönemin asıl sorunu, görünüşte ihmali suçların kanuni temelini olmaması ve bunun sonucunda kanunilik ilkesinin ihlal edilmesi değildi. Asıl sorun, Kanunun hazırlandığı dönemde günümüzde olduğu gibi görünüşte ihmali suç konusunun kavramsallaştırılmasının yapılmaması ve bunun sonucunda da kanuna yansıtılmaması idi.²⁴⁶

İhmali davranışla öldürmenin bu dönemdeki klasik örneği olarak, yenidoğanın annesi tarafından beslenmeyerek veya göbek bağının kesilmeyerek öldürülmesinin verildiği görülmektedir. Buna göre, eski TCK'nın 453. maddesi ile "öldürme fiili, anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş ise", daha az cezayı gerektiren bir hal olarak öngörülmüştü. Eski TCK'da terk suçunun temel şeklini düzenleyen 473. madde, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 386. maddesinin; netice sebebiyle ağırlaşmış şeklini düzenleyen 474. madde de 387. maddesinin birebir Türkçe ifade edilişi idi. Erbaş, bu hususta şöyle demektedir: "Bugün Türk öğretisindeki ağırlıklı görüşün aksine terk suçunun bir gerçek ihmali suç olmadığı, görünüşte ihmali suç olduğu kanaatindeyiz."²⁴⁷ Soyaslan da kendini idare edemeyen kişinin terki (m.97) suçunu ihmal suretiyle icra suçları arasında saymıştır.²⁴⁸

²⁴⁶ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 127-128.

²⁴⁷ Age, s. 140.

²⁴⁸ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 260.

Bugün önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış kapsamında ele alınabilecek bir suç tipine eski TCK'nın 575. maddesinde "... bir kimsenin sarhoşluğuna sebebiyet veren şahıs, kendini idareye muktedir olamayacak derecede bulunan serhoşu muhafaza için tedabir ittihaz etmeyip sokağa bırakırsa mezkûr fıkra münderiç cezadan başka üç günden bir aya kadar hafif hapis cezasıyla dahi mücazat olunur" şeklinde, yer verilmişti. Böylece bir kimsenin sarhoş olmasına sebebiyet verdikten sonra sarhoş olan kişiyi korumaya yönelik tedbirleri almayarak sokağa bırakmak suç olarak öngörülmüştü.²⁴⁹

Erbaş'a göre; TCK uygulamasında ihmal suretiyle insan öldürme (m.83) suçu kapsamında değerlendirilecek olaylardan bazıları eski TCK döneminde terk suçu (m.97) içerisinde ele alınmaktaydı. Öngelen tehlikeli davranışın teminat yükümlülüğü kaynağı olarak yerleşmemiş olmasının bunda önemli payı bulunmaktadır. Kamu görevlilerinin görevlerini yapmasının kişilerin hukuki değerlerinin zarar görmesinin veya tehlikeye düşmesinin engellemesine birebir hizmet ettiği hallerde, ihmali davranışla öldürme veya yaralama gibi görünüşte ihmali suçlar ile görevi ihmal suçu aynı anda işlenmiş olmaktadır. Erbaş'a göre; bugün itibariyle ihmali davranışla öldürme veya yaralama suçları bağlamında değerlendirebileceğimiz bu hallerin bazıları eski TCK döneminde sadece görevi ihmal suçu kapsamında değerlendirilmekteydi. Nitekim, hekim, devlet hastanesinde çalışmakta ise kamu görevlisi olması sebebiyle hastaya müdahale etmemesi nedeniyle hastanın yaralanması veya ölmesi halinde, sadece görevi ihmal suçundan mahkûm ediliyordu.²⁵⁰

Hakeri²⁵¹, 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde ihmali suçlar ile ilgili yaptığı kapsamlı çalışmasında, insan davranışları içinde ihmali davranış ve icrai davranışın birbirinden ayırt edilmesi konusunda Alman doktrininde hiçbir tereddüdün yaşanmadığına işaret etmekte ve kendisi de ihmali davranışın icrai davranıştan farklı bir muameleye tutulması görüşünü dile getirmektedir. Yazara göre, bu ayırımın yapılmasının nedensellik, garantörlük ve beklenebilirlik bakımlarından önemi vardır. Yazar, Alman hukukundaki uygulamadan bazı örnekleri aktarmakta ve teminat yükümlülüğü konusundaki öneminden şu şekilde bahsetmektedir: "...zira icrai suçlarda sorumluluk için garantörlük aranmazken, nitelikli (garantörsel) ihmali

²⁴⁹ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 134-135.

²⁵⁰ Age, s. 134-143.

²⁵¹ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 86-87.

suçlarda garantörlük koşulunun gerçekleşmesi gerekir. Bu itibarla, bir hareket icrai bir hareket olarak kabul edilirse, kişi garantör olmasa dahi sorumlu kabul edilecekken, aynı hareketin ihmali hareket olarak kabul edilmesi ve suçun da nitelikli ihmali suçu olması halinde sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Gerçekten de icrai bir hareketle suç işlendiği takdirde, sadece bu hareketin yapılması yeterli iken, garantörsel ihmalden dolayı cezalandırma için ayrıca kişinin özel mükellef sınıfına dahil olması, yani teminat yükümlüsü olması gerekmektedir. Bu ayrımın önemi kendisini Alman Ceza Kanunu'nun 13. maddesi bakımından da göstermektedir; zira bu maddeye göre ihmali suçlarda ceza, icrai suçlar için öngörölmüş bulunan cezaya nazaran indirilebilecektir".²⁵²

1.3.4 5237 Sayılı TCK'da Yükümlölük Temelli İhmali Suçlar

Türkiye'de, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da, görünüşte ihmali suç olarak bazı yükümlölük temelli suç tiplerine ilk kez yer verilmiştir. Bunlar, sırasıyla, "kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK m.83)", "kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi (TCK m.88)" ve "işkence (TCK m.94/4)" suçlarıdır. Görünüşte ihmali suçların sınırlı sayıda olduğu mu yoksa sınırlı sayıda olmadığı mı konusu öğretilerde tartışılmıştır ve bu konudaki görüşler esasen iki ana grupta toplanmaktadır.

1.3.4.1 Görünüşte İhmali Suçların Sınırlı Sayıda Olduğu Görüşü

Kanunilik ilkesinin karşılanamaması endişesi ile görünüşte ihmali suçun kanuni temellendirmesinin "genel hüküm" olmayışı nedeniyle eksikliği öğretilerde ağırlıklı olarak paylaşılmaktadır. Bu nedenle, görünüşte ihmali suçların TCK m.83, m.88 ve m.94/4 dışındaki hallerle sınırlı olmadığı yaklaşımına şüphe ile bakılmaktadır. Öne sürölen ikinci iddia, TCK'da kanun koyucunun belirli suç tiplerini özel hükümlerde öngörmesi karşısında diğer icrai suçların da ihmali hallerinin ayrıca düzenlemesi zaruretini ortaya çıkardığı görüşüne dayanmaktadır. Nitekim bu, çağdaş hukuk düzeninde suçların açıkça düzenlemesi gereğinin bir sonucudur. Üçüncü iddia ise, 83. maddede öldürme ve yaralama neticelerinin ihmali davranışla işlenmesi halinde takdiri ceza indirimi öngörölmesi ile ilgilidir. Buna göre

²⁵² Cengiz APAYDIN (2022b), "Kasten İşlenen İhmali Suçlar", Hukuki Haber, <https://www.hukukihaber.net/kasten-islenen-ihmali-suclar-makale.10088.html>. ET. 25.09.2022.

bütün suçların (fiziksel olarak işlenebilmesi şartı ile) ihmali davranışla gerçekleştirilebileceği kabul edilir ise bunların ihmali davranışla işlenmesine takdiri ceza indirimi tanınmamış olmaktadır. Bu ise adil olmayan bir duruma yol açmaktadır ki bu eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurur.²⁵³

Apaydın'a göre; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ihmali hareketin icrai harekete eşdeğer sayılabileceği durumlar, yalnızca belirli bazı suçlarla sınırlı tutulmuştur. Bunlar kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi (m.83), kasten yaralamanın ihmali davranışla gerçekleşmesi (m.88) ve ihmali davranışla gerçekleşen işkence (m.94/5) suçlarıdır. Dolayısıyla, belirtilen suçların dışında kalan suçların ihmali bir hareketle işlenmesi halinde failin cezalandırılabilmesine imkân bulunmamaktadır.²⁵⁴

1.3.4.2 Görünüşte İhmali Suçların Sınırlı Sayıda Olmadığı Görüşü

Bu görüşe göre, TCK'nın genel hükümlerinde icrai ve ihmali davranış kapsayacak biçimde çoğunlukla "fiil" kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bu nedenle 2005 öncesinde olduğu üzere hiçbir düzenleme olmasa bile ihmalin hareketin bir formu olarak yorumlanması ile tüm suçların kural olarak ihmal suretiyle de işlenebileceği savunulmaktadır. Eski TCK'nın genel hükümlerinde, örneğin, "Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler" başlığında da olsa 45. maddesinde fiil, "yapmak/yapmamak" olarak geçmekteydi. Bu da öğretideki fiil kavramının icra ve ihmali kapsayacak biçimde anlaşılmasıyla uyum içinde idi. Bu şekilde icrai davranışla da işlenebilen suçlar olarak "ihmal suretiyle icra suçlarının" temellendirilmesinde mesele ile karşılaşılmamakta idi.²⁵⁵ Akbulut bu hususta mealen şunları ifade etmiştir: Ceza Kanunumuzun 4. maddesindeki (TCK m.83, m.88, m.94/5, m.251) istisnalar dışında diğer suçların ihmali şekilde işlenebileceği kabul edilmezse, bu suçlara ihmali şekilde şeriklik niteliğindeki katkının sorumluluk doğurması söz konusu olmayacaktır. Örneğin hırsızlığın işlenmesine belli şekilde davranma yükümlüğü olan bekçinin müdahale etmemesi durumunda bu kişinin cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Ne TCK'nın 37. maddesinde (faillikle ilgili) ne de 39. maddesinde (yardım etmeyle ilgili) ihmale ilişkin belirleme yer almaktadır. Keza taksirli suçlarda da ihmali davranan kişinin cezalandırılmasının söz konusu

²⁵³ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 147-149.

²⁵⁴ Cengiz Apaydın 2022b, age.

²⁵⁵ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 146.

olmaması gerekir. Genel hükümlerde düzenlenmesinin kanunilik ilkesi gereğince gerekli olduğunu kabul etmekle birlikte, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde olduğu gibi icrai suçların ihmalî şekilde işlenmesinin mümkün olması gerektiğini düşünmekteyiz. Bunu hem faillik hem de şeriklik açısından ifade ediyoruz.”²⁵⁶ Hakeri ise şöyle düşünmektedir: Garantörsel ihmalî suçlar hususunda Türk Hukuku’nda genel nitelikli herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak kanunumuzun özel hükümler kısmında öldürme, yaralama ve işkence suçları bakımından açık bir düzenleme yapılmıştır (TCK m.83, m.88, m.94/5). Buna karşılık, Kabahatler Kanunu’nun genel hükümler kısmında bütün kabahatler açısından geçerli olacak bir hükme yer verilmiştir: “İhmalî davranışla işlenmiş bir kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukuki yükümlülüğün varlığı gereklidir (m.7).” Bu düzenlemeler karşısında ve genel nitelikli bir hükmün eksikliği nedeniyle, öğretide söz konusu suçlar dışındaki suçların ihmalî suretle işlendiği takdirde cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda tereddüt oluşmuştur. 23.01.2008 tarih ve 572 sayılı Kanun’un 212. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu’nda yapılan değişiklik ile artık mevzuatımızda garantörsel ihmalî suçların sadece kanunda açıkça gösterilen hallerde söz konusu olabileceğini kabul etmek zorunlu olmuştur. Bahsi geçen değişiklik ile kanun koyucu yeni bir garantörsel ihmalî suç ihdas etmiştir. Böylece, kanun koyucu, garantörsel ihmalî suçların ancak kanunda açıkça düzenlenmesi halinde söz konusu olabileceği yönünde iradesini göstermiştir.²⁵⁷

1.3.4.3. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

Dönmezer bu konuda şunları söylemiştir: İhmal suretiyle icra hallerinin tecziye edilebilmeleri için yapılacak ya bunları kanunun nazarı itibara almış bulunduğu ihmalî veya icrai suçlar kategorilerinden birine ilhak etmek yahut da bu hususta yeni bir nazariye kurarak — eğer varsa — Ceza Kanununda mezkûr nazariyenin istinat ettirilebileceği bir takım esasatı bulmak ve ortaya koymaktır. Filhakika, Doktrinde de beyan ettiğimiz şekilde iki istikamete tesadüf ediyoruz: Bunlardan birincisi ihmal suretiyle icrayı, ihmalî suçlara müteallik, ahkâm ile cezalandırmanın mümkün olduğunu iddia etmekte ve bu hususta deliller sevk

²⁵⁶ Berrin AKBULUT 2019, age, s. 273-275.

²⁵⁷ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 173.

etmektedir. İkinci temayül ise bilâkis bunların icraî suçlarla aynı olduğunu ileri sürmektedir. Biz bu son istikameti üç kısma ayırarak tetkik edeceğiz: 1) Hiç bir delil ileri sürmeden sadece, ihmal suretiyle icranın, icraî suçların aynı olduğunu iddia eden telâkki; 2) İkinci zümreyi ise “objektif bir icraî suç esasından hareket eden telâkki” diye tavsif edeceğiz Filhakika bu zümreye mensup nazariyeciler, ihmal suretiyle icranın, icrai suçlarla ayniyetini iddia edebilmek için ilk önce ihmalin sebebi karakterini teshil etmek lâzım geldiği noktai nazarından hareketle, evvelâ bu hususu halle çalışmaktadırlar; 3) Suçun manevi unsurunu daha doğrusu icrai suçları tecziye ederken kanunun tuttuğu gayeyi nazarı itibara alarak bu esasa müsteniden nazariyelerini kurmağa çalışan üçüncü bir zümreyi de “sübjektif bir icraî suç talâkkisine” müstenit nazariye diye tavsif ve bu nam altında tetkik edeceğiz. Glossatörlere kadar eski Doktrinin esas temayülünü, ihmâlî ve icraî suçların tam bir surette birbirine muadil oluşu suretinde ifade edebiliriz. Halbuki Glossatörlerden Farinacius'e kadar İtalyan hukukçuları ve bunlarla beraber Carpzov, Beyer ve diğerleri, umumî bir şekilde, ihmal için icraya nazaran daha hafif bir ceza verilmesi esasını kabul ediyorlardı.²⁵⁸

Erbaş'a göre; görünüşte ihmali suçların tarihsel gelişim sürecine yakından bakıldığında temelde iki farklı anlayıştan hareket edildiği görülmektedir. Birincisi bilhassa Alman hukukunda göze çarpan, bu suç grubunu icrai suçlar olarak değerlendiren anlayıştır. "İhmal suretiyle icra" tabiri bu anlayışın sonucudur.²⁵⁹ İlk defa Luden meseleye doktrinal karakterini vermiş ve sebebiyet meselesine temas eylemiştir; bu hususta çok merak çekici bir tarzı hal vermektedir. Bu müellife göre insanı hiçbir zaman atalet halinde, hareket etmez olarak tasavvur etmek mümkün değildir. Tabiî kuvvetleri cereyanına bırakan bir kimse, ilkönce, bir ihmal, atâlet halinde gözükür. Fakat bu ihmalin yanında muhakkak müspet bir fiil, faaliyet mevcuttur. Filhakika kurtarıcı bir faaliyette bulunmaktan (meselâ denize düşeni kurtarmak üzere elini uzatmaktan) içtinap eden kimse muhakkak bir şey yapmış bulunmaktadır. Bu fiil meselâ hâdiseye bakmak yahut oradan uzaklaşmaktır. İşte bu müspet fiil, neticeye nazaran, sebebidir. Görülüyor ki Luden ihmalin sebebiyetini, ihmal ile müterafık bir fiile bağlamaktadır. Krug'a göre ihmal ile netice arasında bir sebebiyet münasebetin mevcudiyeti ancak ihmalin müspet bir takım ef'ale

²⁵⁸ Sulhi DÖNMEZER 1944, age, s. 473-494.

²⁵⁹ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 151-152.

bağlanması hallerinde mümkün olur. Bu müspet eʼal ihmal edenin bir âmme hizmetini üzerine alması yahut zimnî veya sarîh hususî bir taahhütle muayyen faaliyetlerde bulunmak mükellefiyetlerini tahammül etmesi şeklinde olabilir. Glaser'in kurduğu teorinin orijinalitesi bilhassa iki seri ihmal suretiyle icra halini tefrik etmesinden doğmaktadır: Birinci kısım, bir kimsenin zararlı bir netice husule getirecek olan kuvveti tahrik eylemesi ve sonradan (tahrikten sonra) neticenin önünü almak üzere harekete geçmemesidir. İkinci kategoriye gelince bu kategori ihmal gösterenin, hiçbir müdahalesi olmadan, harekete geçmiş ve fena bir netice husule getirmekte olan kuvvetlere, müdahale etmemesi, âtıl kalması suretiyle teessüs eylemektedir.²⁶⁰ Dönmezer'e göre; yapılması ihmal edilen fiilin icrası, sosyete ve suç kurbanı tarafından meşru bir surette, ihmal eden kimseden beklenebileceği hallerde ihmal suretiyle icranın tecziyesi icap eder. Sosyete ve ferdin ise icrasını isteyebileceği eʼal, ancak, 1) Kanun, nizamname ve talimatnamelerin; 2) Âmme veya hususîye hukuku mukavelelerinin koyduğu mükellefiyetlerden ibaret olabilir.²⁶¹

İkincisi ise Fransız ceza hukukunda geçerli bir yaklaşım olarak bilinen, bu suç grubunun taksirli suçların bir türü olarak görülmesine dayanan anlayıştır. Bu nedenle de görünüşte ihmali suçlara münhasır ne genel ne de özel nitelikte bir kanun hükmüne yer verilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu anlayış, birincisine göre görece yeni olsa da aslında "yükümlülük ihlali" açısından ihmali suç ve taksirli suç haksızlıklarının iç içe geçmesi şeklindeki günümüzde de hala ayırt edilemeyen eski bir probleme dayanmaktadır. Fransa'da ihmalin büyük ölçüde taksirin içinde eritilmesinin sebebi, Alman hukukundakinin aksine ihmali cezalandırmada daha isteksiz olmalarıdır. Fransız hukukunun, görünüşte ihmali suçları cezalandırmaktan kural olarak vazgeçmiş bir hukuk sistemi olarak tanındığını belirtmemiz gerekir.²⁶²

Alman hukuku, neticenin ihmali davranışla meydana getirildiği hallerde cezalandırma eğilimli bir hukuk sistemi olarak Fransız hukukunun bu konuda tam zıddında yer almaktadır. Buna göre, Almanya'da 20. yüzyılın ikinci yarısında anayasal itirazları karşılamak için, görünüşte ihmali suçların kanuni temelini oluşturulması konusunda bir eğilim ortaya çıkmıştır. İşte bu noktada da bu kanuni temel hangi anlayışla ve nasıl oluşturulacağı, temel bir mesele olarak tartışılmaya başlanmıştır. Bu tartışmalar da görünüşte ihmali suçların cezalandırılabilirliğinin bir

²⁶⁰ Sulhi DÖNMEZER 1944, age, s. 473-494.

²⁶¹ Age, s. 473-494.

²⁶² Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 151-152.

genel hükümler meselesi mi yoksa özel hükümler meselesi mi olduğu şeklinde iki temel ekseninde somutlaşmıştır.²⁶³ İspanyol müellif Jesus-Maria Silva Sanchez şöyle demektedir: Kıta Avrupası ve Latin Amerika hukuk literatüründe hâkim olan kuram, cezalandırılabilir ihmallerin iki türünü ayırt etmektedir: basit (ya da "gerçek") ihmal ve "gerçek olmayan" ya da "görünüşte" ihmal (aynı zamanda ihmal yoluyla icra olarak da bilinir). Jesus-Maria Silva Sanchez mealen şöyle devam ediyor: Biz ihmal suçlarının üçlü bir sınıflandırması önermekteyiz. Bir yanda, aktif icrai vakalarla aynı olan ihmal suçları vardır (bunlar için ihmal yoluyla icra süresini saklı tutmalıyız). Bunlar, kişinin kendi organizasyonu için sorumluluk fikrine dayanır. Öte yandan, vatandaşlarımıza karşı asgari dayanışma görevinin ihlalini cezalandırdığımız basit ihmal suçları vardır. Basit bir ihmal, acil bir durumda başkalarına yardım etme görevinin ihlali veya yakın bir suçu önleme veya bildirme genel görevinin ihlalidir. Kıta ceza kanunlarında, bu tür ihmallerin her ikisi de genellikle nispeten hafif cezalı belirli suçlar olarak tanımlanır. Bu iki kategori arasında bir yerde, (belirli kurumlardan veya insanlar arasındaki ilişkilerden kaynaklanan) nitelikli bir dayanışma görevinin ihlalden doğan sorumluluğu esas alan üçüncü bir tür ağırlaştırılmış ihmal suçları vardır. Ayrıca, bu üçlü sınıflandırma, bu tür ihmaller arasındaki farklılıkların bir derece meselesi olduğu fikrine dayanmaktadır. Görünüşte ihmal suçları, cezai bir zararı önlemeyen (örneğin, bir başkasının ölümü) bir kişi, zararlı sonuç için, sanki olumlu bir davranışla (örneğin, ihmal yoluyla cinayet) neden olmuş gibi suçlandığında gerçekleşir. İhmalkâr davranışın fiilî davranışa denkliğinin belirlenmesinde kullanılması gereken ölçütlere ilişkin tartışma ise sorunun kendisi kadar eskidir.²⁶⁴

Erbaş'a göre; eski TCK döneminde görünüşte ihmali suçlara ilişkin bir genel hüküm olmayışının yanı sıra bugünküne benzer özel suç tipleri (öldürme, yaralama ve işkence açısından) de mevcut değildi. Hüküm olmaması Eski TCK'nın bir eksikliği değildi. Çünkü 1930 yılından önce İtalya'da; 1975 yılından önce Almanya'da; 1995 yılından önce İspanya'da; 2007 yılından önce de İsviçre'de herhangi bir hüküm mevcut değildi. İtalyan Ceza Kanunu'nun 40. maddesinin 2. fıkrasının anlayışı, görünüşte ihmali suçlara ilişkin bir genel hüküm örneği olarak Türk hukukunda atıf yapılan bir anlayış olmuştur. Erbaş'a göre; İtalya, bu suç grubu

²⁶³ Age, s. 154.

²⁶⁴ Jesús-María Silva SÁNCHEZ (2008), "Criminal Omissions: Some Relevant Distinctions", *New Criminal Law Review*, S. 11 (3), s. 452-469.

için neticeyi engellemeye yönelik bir yükümlülükten sadece "hukuki yükümlülük" olarak bahsedince ve tanım olmaksızın mantık ve suç öğretisi kuralları ile de ulaşılabilecek olan "nedensellik" kavramına ağırlık verdiği için Türk hukuku için böyle bir maddenin eksikliği hissedilmemiştir.²⁶⁵

1.3.4.4 Ara Değerlendirme

Günümüzde, 5217 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde görünüşte ihmalî suçlara (ihmal suretiyle icra suçları) ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşın, TCK, bazı görünüşte ihmalî suçları özel hükümler kısmında ve ayrı ayrı düzenleme yoluna gitmiştir. Eski dönemde, 765 sayılı 'TCK'da ise ihmal suretiyle icrai suçlara yönelik ne genel hükümler de ne de özel hükümlerde açık bir kanuni düzenleme vardı. Türk öğretisi, bu dönemde, hareketi sınıflandırırken baskın bir biçimde; icrai hareket, ihmalî hareket (gerçek ihmalî hareket) ve ihmal suretiyle icrai hareket (görünüşte ihmalî hareket) tarzında üçlü bir ayrıma gitmekteydi. O dönemde hazırlanan ceza kanunu tasarılarının hiçbirinde görünüşte ihmalî suçlara genel hükümler ya da özel hükümler arasında yer verilmesi düşünülmemişti. Ancak, görünüşte ihmalî suçlara genel hükümler içinde yer verilmesi hususunda, 1930'lu yıllarda İtalyan Ceza Kanunu'nda başlayan, Almanya, İspanya ve son olarak İsviçre Ceza Kanunu'nda bu yönde yapılan düzenlemeler Türk öğretisinde de konunun etraflıca tartışılmasına yol açmıştır.

Yeni TCK, görünüşte ihmalî suçlara; "Görünüşte ihmalî suç = yükümlülük + yerine getirmeme + mevcut suç tipleri (icrai)" formülü ile yer vermiştir. Hukuki nitelikte yükümlülüğün varlığı ve icrai suçlara dayanılarak ihmalî davranışla gerçekleştirilen neticelerden sorumluluk inşa edilmekteydi.²⁶⁶ Özgenç, bu konuda şöyle demektedir: "Ceza kanununun özel kısmındaki suç tanımları, hırsızlık konusu eşyayı almak, bir insanı öldürmek veya yaralamak gibi kural olarak icrai bir davranışı esas aldığı için; bu suçların belli şartların gerçekleşmesi halinde ihmalî davranışla da işlenebileceğinin kanunda açıklığa kavuşturulmasında yarar vardır. Bu husus suçta kanunilik ilkesinin bir gereğidir. Nitekim, yeni TCK'nın "Genel Hükümler" başlıklı Birinci Kitabında ihmalî suçlarla ilgili genel bir düzenleme

²⁶⁵ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 155.

²⁶⁶ Age, s. 156.

yapılması yoluna gidilmemiş; çeşitli özel suçlar bağlamında suçun ihmali davranışla işlenmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.”²⁶⁷

Görünüşte ihmali suçlar kavramı, İtalyan Ceza Kanunu’nun 40. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, Alman hukukunda “hukuki yükümlülük” ve “eşdeğerlik” mefhumlarına önem veren bir yaklaşımla değerlendirilmiştir. Bu hukuk sisteminde bizzat Welzel, "Görünüşte ihmali suçların sistematığı, gerçek ihmali suçlardaki gibidir. Ancak görünüşte ihmali suçlar kendine has damgasını, faile ilişkin bir unsur olan garantörlükten alır" şeklindeki ifadeleriyle, görünüşte ihmali suçları faile ilişkin hususi özelliği ile açıklamıştır.²⁶⁸ Bu görüşten yola çıkarak, Almanya ve daha sonraları da İspanya ve İsviçre, “Görünüşte ihmali suç = genel hüküm + yükümlülük + yerine getirmeme + mevcut suç tipleri (icrai)” şeklindeki formül ile görünüşte ihmali suçları kendi ceza kanunlarında düzenlemişlerdir.²⁶⁹

Hakeri ve Erbaş’ın ayrı ayrı bildirdiğine göre; 13. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi’nin genel kısma ilişkin konusu "ihmali suçlar" olmuştur. Nitelikli (garantörsel) ihmali suçlarla ilgili olarak da özellikle bu suçların kanunlarda düzenlenmemiş olmasının da etkisiyle, belirli politik olgular dolayısıyla kontrolsüz bir biçimde ve keyfi olarak nitelikli (garantörsel) ihmali suçların cezalandırılabilirliğinin bazı ülkelerde genişletildiğine dikkat çekilmektedir. Kongrede, nitelikli ihmali suçlar ceza kanunlarının genel kısmında düzenlendiği takdirde, şu prensiplere dikkat edilmesi yönünde karar alınmıştır: 1) Hareket yükümlülüğü kesinlikle ahlaki veya toplumsal nitelikli olmamalı, aksine mutlaka hukuksal nitelikli olmalıdır.- 2) Fail, garantör veya tipik neticenin meydana gelmesinde etkili olan önemli koşullar üzerinde egemen olmalıdır.- 3) Garantörlüğün kaynaklandığı hukuksal yükümlülükler, hukuksal olarak belirlenmiş ve açıkça tasvir edilmiş sùjeler kategorisine yönelik olmalıdır.- 4) İhmali hareket, hukuka aykırı neticenin icrai bir hareket ile meydana getirilmesine denk olmalıdır.- 5) Nitelikli ihmali suçlar, birey ve toplum açısından vazgeçilmez nitelikli hukuki değerlere tecavüz durumları ile sınırlanmalıdır.- 6) Nitelikli ihmali suçların cezası, icrai suçlara kıyasla, daha hafif olarak belirlenmelidir.²⁷⁰⁻²⁷¹

²⁶⁷ İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 230-231.

²⁶⁸ Hans WELZEL 1947, age, s. 211, *Aktaran* Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 160.

²⁶⁹ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 160-161.

²⁷⁰ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 44.

²⁷¹ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 165-166.

1.4 HUKUKİ ANLAMDA YÜKÜMLÜLÜK VE YÜKÜMLÜLÜĞÜN DAYANAKLARI BAĞLAMINDA TCK MADDE 83'E BAKIŞ

1.4.1 Hukuki Anlamda Yükümlülük Kavramı

Her kim, bir kimse denilmek suretiyle öncelikle tipte suçun süjesine yer verilir.²⁷² Fail kavramının kökeni “fiil”dir. Yani fiili işleyen, fiili gerçekleştiren kimseye “fail” adı verilmektedir.²⁷³ Fail, TCK'nın 37. maddesinde, suçun kanuni tarifindeki fiili gerçekleştiren kişi olarak tanımlanmıştır. Suçun kanuni tarifinde yer alan fiili üzerinde hakimiyet kuran, kanuni tanıma uygun haksızlığı gerçekleştiren kişi faildir.²⁷⁴ “Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur (TCK m.37)”. Bir kimsenin görünüşte ihmali suçun faili olabilmesi için özel bir statüde yani “garantör” olması gerekir. Görünüşte ihmali suçlar, sadece belirli konumdaki kimseler (garantör) tarafından işlenebileceğinden “özgü suç” niteliğindedir. İhmali davranış nedeniyle meydana gelen neticenin herkese değil, sadece belirli kişilere yüklenmesinin gerekçesi şu şekilde açıklanmaktadır: bir hukuki değeri ihlal etmemeye yönelik davranışlar (yasak normları) herkese yönelmişken; bir hukuki değeri korumaya yönelik davranış (emir) normları herkesi değil, sadece belirli kimseleri muhatap alır.²⁷⁵ Aksinin kabulü halinde sosyal yaşam çekilmez bir hal alır. Öğretinin “garantörlük” olarak ifade ettiği bu konum, emir normunun muhataplarını sınırlamaya yönelik önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Sonuç olarak, ihmali suçlar bakımından şunu rahatlıkla ifade edebiliriz: ontik öz bakımından aynı nitelikte olan davranışları yapan failin “garantör-teminat yükümlüsü” konumunda olup olmaması, ceza hukuku sorumluluğunu tamamen değiştirmektedir.²⁷⁶

Kanun metninde “yükümlülük” olarak belirtilen kavram “garantörlük” olarak da adlandırılmıştır. Garantörlük terimi ile anlatılmak istenen, öngörülen tipe uygun sonucun meydana gelmesinin önlenmesi konusunda hukuken yükümlü tutulma halidir.²⁷⁷ Hakeri tarafından "garantörlük" sözcüğü ile ifade edilen kavram, normalde olsa olsa yardımın ihmali suçundan (765 sayılı TCK m.476/11) dolayı cezalandırılacak olan bir kimsenin, hemen hemen bir icrai fail gibi cezalandırılmasını

²⁷² Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 211.

²⁷³ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 136.

²⁷⁴ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 112.

²⁷⁵ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 111.

²⁷⁶ Fatih YURTLU 2021, age, s. 579-636.

²⁷⁷ Necati MERAN 2005, age, s. 421.

sağlayan kavramın adıdır. Hareketsiz kalan bir kimseyi bir neticeden dolayı hukuken sorumlu tutmaya müsaade eden yakın ilişkiye garantörlük²⁷⁸ adı verilmektedir. Bir başka tanıma göre de garantörlük, nitelikli (garantörsel) ihmali suçlardaki özel yükümlülük ilişkilerine verilen isimdir.²⁷⁹ Özgenç ise “garantörlük” sözcüğüne karşılık olarak “teminat yükümlülüğü” terimini kullanmaktadır.²⁸⁰ Biz de bundan itibaren garantörlük yerine, istisna durumlar hariç, teminat yükümlülüğü ifadesini kullanacağız.

²⁷⁸ Manfred MAIWALD (1981), “Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte”, *Juristische Schulung*, s. 473-483, Aktaran Hakan HAKERİ 2003, age, s. 113.

²⁷⁹ Yabancı bir sözcüğe ana dilinde karşılık ararken öncelikle söz konusu yabancı sözcüğün kaynak dilde ne şekilde kullanıldığı ve hangi anlam alanlarını kapsadığı belirlenmelidir. Bunun için ilk olarak genel sözlüklere ve eğer sözcüğün bilimsel bir terim anlamı varsa o alanla ilgili terim sözlüklerine, sonrasında ise sözcüğün bir kavrama veya nesneye karşılık oluşturması amaçlanarak kullanıldığı metinlere başvurmak gerekmektedir. Garantör, garantörlük, garantörsel ve garantörsellik sözcüklerinin hangi alanlarda ve hangi şekillerde kullanıldığını aramak, yazı dilimizdeki genel kabulünü ve kullanım sıklığını da gösterecektir. Bunun için yapılan sorgulamada, 50 milyon sözcükten oluşan ve 1990-2013 arası basılı eserleri kapsayan Türkçe Ulusal Derlemi’nde “garantör” aramasında 42 farklı metinden 109 kullanım çıkmaktadır. Bu derlem içinde tek başına “garantör” sözcüklerinin bankacılık, finans ve ticaret alanlarında 24 kullanımı; devletler hukukunda 11 kullanımı tespit edilmiştir. Garantör sözcüklerinin genel anlamda “koruyucu, gözeten” anlamlarında kullanıldığı 4 örnek tespit edilmiştir. “Garantörlük” sorgusu altında ise tek başına “garantörlük” devletler hukukunda 3 kez, ekonomi, iktisat ve ticaret metinlerinde 4 kez geçmekte; “garantörlük statüsü” 3 kez, “garantörlük sıfatı” ve “garantörlük yetkisi” 2 kez, “garantörlük görevi”, “garantörlük anlaşması”, “garantörlük hükümleri” ve “garantörlük yükümlülüğü” 1 kez geçmektedir. TDK sözlüğünde bu sözcük “garantör; sf. İngilizce guarantor 1. Güvence veren ve bunun gerçekleşmesini gözeten ve denetleyen (kimse, kuruluş ya da devlet), güvenceci; 2. Ekonomi, kredi kartlarından doğacak her türlü borç ve yükümlülükten, kart sahibi olarak sorumluluğu bulunan gerçek veya tüzel kişi.” biçiminde (Türkçe Sözlük, 2011: 903a); E. Yılmaz’ın Hukuk Sözlüğü’nde “garantör: Garanti veren; teminat veren; bir hususu garanti eden kimse.” (Yılmaz, 2011: 451) biçimine verilmektedir. Görünüşte ihmali suçlardan biri ülkemizde 2004/5237 sayılı yeni Türk Ceza Yasası’nın “kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” başlığını taşıyan 83’üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrası, ihmal davranışıyla kasıtlı insan öldürme suçunun oluşması için temel koşulu açıklamaktadır: “Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm sonucundan sorumlu tutulabilmesi için, bu sonucun oluşumuna yol açan yükümlülük ihmalinin icrai davranışa ‘eşdeğer’ olması gerekir.” Görüldüğü üzere kasıtlı insan öldürme suçu; yazılı hukuka göre yalnızca icrai davranışla değil, yukarıdaki durumlarda görüldüğü üzere ihmal davranışlarıyla da işlenebilmektedir. Yeter ki yukarıdaki ihmal davranışları ve koşulları içinde bir ölüm sonucu doğmuş olsun. İşte bunu önlemesi gereken etkin özneye Yasa, sıfat olarak “yükümlü”, ad olarak da “yükümlülük” demektedir. Bu terimler; Türkçedir, Türkçe dil bilgisine de uygundur. Buna karşılık, yukarıda sergilenen kaynaklarda garantör sözcüğü geçmekle birlikte garantörsel, garantörsellik sözcükleri hiç geçmemektedir. Özetle sergilenen sözlük açıklamalarından ve metin örneklerinden “yükümlü, sorumlu, mesul, kefil” gibi anlamlarla karşılanabilecek bu sözcükle ilgili durumların, Türk Ceza Yasası’nda “yükümlü” ve “yükümlülük” sözcükleriyle açıklandığı dikkate alındığında ve son yıllarda yasalaramızda “anlaşılır” bir dilin üstün tutulmasına yönelik çalışmalar ve eğilimler olduğu göz önünde tutulduğunda garantör sözünün “yükümlü”, garantörlük ve garantörsellik sözlerinin “yükümlülük”, garantörlük statüsü sözünün “yükümlülük durumu”, garantörlük yükümlülükleri, garantörsel yükümlülükler sözlerinin “yükümlülük durumları”, garantörsel sorumluluk sözünün “yükümlünün sorumluluğu” sözleriyle karşılanıp kullanılmasının daha doğru ve anlaşılır olacağı açıktır. Ekrem BEYAZ (2019), “Hukuk Dilinin Kirlenmesi ve Garantör, Garantörsel, Garantörsellik Terimleri Üzerine”, *Türk Dili*, s. 70-78.

²⁸⁰ İzzet ÖZGENÇ 2021a, age, S. 4, s. 303-378.

Alman Ceza Kanunu'nu (m.13) esas alarak bir tanım yapacak olursak, "teminat yükümlülüğü, tipik neticenin meydana gelmesini önlemek konusunda hukuken yükümlü tutulmak" demektir. Bir kimsenin düşmanını silahla ateş ederek öldürmesi ile aynı kimsenin boğulurken onu seyretmesi arasında ahlâkî kötülük bakımından bir fark yoktur. Ancak ahlâkın bize yüklediği zor durumda olan kimseye yardım etme yükümlülüğünü hukuk alanına taşımak, insanları çok fazla zorlamak manasına gelir. "Böyle bir telâkki, halihazır sosyal vaziyetle kabili telif değildir". İşte bu nedendir ki, başkalarına kötülük yapmamayı temin etmeyi asıl görev edinmiş bulunan ceza hukukunun, istisnai olarak başkalarına iyilik yapmayı da emrettiği haller için ek bir şartın kabul edilmesi gereği açıktır. Hakeri'ye göre, bu da garantörlük müessesesidir.²⁸¹ Belli bir icrai davranışta bulunma hususundaki hukuki yükümlülük garantörlüğü ifade etmektedir. Bu belirlemede belli kavramı kullanıldığı için icrai davranışın bir şeye yönelik olması gerekmektedir. İcrai davranışın neye yönelik olduğunun kişiye yükümlülük yükleyen garantörlük kaynakları göz önüne alınmak suretiyle yapılması gerekir. Ceza hukuku açısından değerlendirildiğinde ise, neticeli suçlar için bunun kanuni tanımda yer alan neticenin önlenmesine yönelik olduğunu, sırf hareket suçları içinse kanuni tanıma uygun olayın (tipikliğin) önlenmesine ilişkin bulunduğunu ifade edebiliriz.²⁸²

Ceza hukuku bakımından önem taşıyan bir teminat yükümlülüğü durumunun ne zaman ve nasıl oluşacağı ve dolayısıyla garantörlüğün sınırlarının ne şekilde belirleneceği konusu henüz tam olarak açıklığa kavuşturulmuş değildir. Önceleri, kanun, sözleşme, öngelen tehlikeli davranış ve sıkı yaşam ilişkisi yükümlülüğün kaynağı olarak kabul edilirken, bugünkü modern öğretisi maddi ölçütü esas alarak, yükümlülüğün içeriğine göre bir sistematik oluşturmaya çalışmaktadır. Bu çerçevede teminat yükümlülüğü durumu onun koruma işlevinden hareketle ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır: Bunlar, belirli hukuki değerler lehine söz konusu olan koruma yükümlülüğü ile belirli tehlike kaynaklarını hakimiyet altında bulundurma konusundaki gözetim yükümlülüğüdür.²⁸³

Yükümlülüğün kaynağı doktrinde genel olarak kanun, sözleşme veya öngelen tehlikeli davranış olarak kabul edilmektedir. Bu kabulün temelinde TCK m. 83 hükmü yer almaktadır. Maddenin ikinci fıkrasının a ve b bentlerinde yükümlülük

²⁸¹ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 113-114.

²⁸² Berrin AKBULUT 2019, age, s. 272-309.

²⁸³ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 401.

kaynakları “(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” şeklinde gösterilmiştir.²⁸⁴

Bununla birlikte söz konusu ayırımın güncel olmadığı ve belirli hukuki değerler lehine “koruma yükümlülüğü” [Beschützergarant (Bu durumda belli bir hukukî menfaatin bütün tehlikelere karşı savunulması söz konusudur. Ebeveynin, çocuğun hayatına, sağlığına, vücut bütünlüğüne karşı tehlikelerden korunması hususundaki yükümlülüğü, koruma yükümlülüğüne örnek teşkil eder.)) ile belirli tehlike kaynaklarını hakimiyet altında bulundurma konusunda “gözetim yükümlülüğü” [Überwachergarant (Bu durumda ise, belirli tehlike kaynaklarının gözetim altında bulundurulması söz konusudur. Tehlikenin yöneltildiği hukukî menfaatin bizzat kendisi bir rol oynamamaktadır. Çocuğun başkalarına zarar vermesini önlemek hususunda ebeveyne terettüp eden yükümlülük, sahipli hayvanın bir başkasına zarar vermesini önlemeye matuf olarak hayvan sahibine terettüp eden yükümlülük, gözetim yükümlülüğüne örnek teşkil eder.))] olmak üzere ikili bir ayırım da benimsenmiştir.²⁸⁵⁻²⁸⁶⁻²⁸⁷⁻²⁸⁸ Bu yeni anlayışa göre neticeyi önleme yükümlülüğü, kanun, sözleşme veya öngelen tehlikeli davranış yanında, ayrıca gönüllü fiili üstlenme, sıkı yaşam birlikteliği (koruyucu teminat yükümlülüğü) ve belirli tehlike kaynakları için sorumluluk, üçüncü kişinin davranışı için sorumluluk veya neticeye öngelen tehlikeli davranıştan da (gözetici teminat yükümlülüğü) kaynaklanabilir.²⁸⁹

Özgenç’e göre; görünüşte ihmalin cezalandırılabilirliği açısından en önemli sorun; sadece neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan kişinin (teminat yükümlüsünün, garantörün) fail olabileceğinin hukukî izahıdır. Görünüşte ihmali suçtan dolayı failin cezalandırılabilmesi için, neticeyi önlemek hususunda soyut bir ahlaki yükümlülüğün varlığı yeterli değildir. Neticenin önlenmesi hususunda hukukî bir yükümlülüğün varlığı gereklidir. Neticeyi önleme yükümlülüğünün açıklanması

²⁸⁴ Köksal BAYRAKTAR, Serap KESKİN-KİZİROĞLU, Ali Kemal YILDIZ, Pınar MEMİŞ-KARTAL, Sinan ALTUNÇ, Gülşah BOSTANCI-BOZBAYIR, Barış ERMAN, Fulya EROĞLU-ERMAN, Gülşah KURT ve Hasan SINAR (2017), *Özel Ceza Hukuku/ Cilt-II/ Kişilere Karşı Suçlar*. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 24-26.

²⁸⁵ İzzet ÖZGENÇ 2021a, age, S. 4, s. 303-378.

²⁸⁶ Aras TÜRAY 2020, age, s. 115-154.

²⁸⁷ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 400-403.

²⁸⁸ İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 231-233.

²⁸⁹ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2019, age, s. 444.

bağlamında, tehlikenin yönelik olduğu kişi bakımından “koruma yükümlülüğü”, tehlikenin kaynağı bakımından “gözetim yükümlülüğü” kavramları kullanılmaktadır. Özgenç, bu yükümlülük çeşitlerini kapsayan ortak bir kavram olarak, teminat yükümlülüğü kavramını kullanmayı tercih etmektedir.²⁹⁰

Yurtlu'ya göre; garantörlüğün kaynaklarını incelemeyen önce üzerinde durulması gereken iki temel husus olan “garantörlüğün sınırlandırılması” ve “eşdeğerlik kaydı” başlıklarına değinmek gerekliliğidir. Garantörlük, ihmali davranış dolayısıyla meydana gelen neticeden doğan sorumluluk alanını daraltıcı bir işlev görmektedir. Tarihsel gelişimine bakıldığında, içinde bulunulan dönem ve kültürün etkisiyle garantörlük kavramı Anglo-sakson uygulamasında daha geniş, Alman hukukunda ise tam tersine geniş olarak yorumlanmıştır. Yurtlu, garantörlüğü kısaca; “bir olayda, istenmeyen neticeyi engellemeye yönelik davranışta bulunma konusundaki hukuki yükümlülük” olarak tanımlamaktadır. Esasında ne Alman Ceza Kanunu m.13'te ne İsviçre Ceza Kanunu m.11'de ne de TCK m.83'te “garantör” ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla “garantörlük”, kanuni bir ifade olmaktan ziyade öğreti tarafından türetilmiştir. Alman Ceza Kanunu m.13, “neticeyi önlemek hususunda hukuki bir yükümlülük altında olmaktan”; TCK m.83 ise “belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunmasından” bahsetmektedir. Bütün bu kanuni düzenlemeler dikkate alındığında, garantörlük kavramını kapsayacak şekilde “teminat yükümlüsü” ifadesinin kullanılması da mümkündür.²⁹¹

TCK'nın 83. maddesinin 1. fıkrasında kavramsal olarak birebir neticeyi engelleme yükümlülüğünden bahsedilmemektedir. Hükmün ilgili kısmı şöyledir:

"(1) 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. (2) 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

²⁹⁰ İzzet ÖZGENÇ 2021, age, s. 303-378.

²⁹¹ Fatih YURTLU 2021, age, s. 581-638.

gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı İle İlgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir."²⁹²

Eşdeğerlilik kavramı, TCK'da, icrai suçun neticesinin fiziksel olarak "İhmali davranış ile de meydana getirilişi" manasında kabul eden Almanya CK m.13'ten farklı olarak, İspanya CK m.11'deki gibi "yükümlülükler nedeniyle ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması" anlamında kullanılmıştır. Yine de TCK'da bu suçların, özel hükümlerde belirli suç tipleri olarak düzenlenmesi ile karşılaştırmalı hukuka göre farklı bir formülasyon ve ifadeler ortaya çıkmıştır. Başka bir anlatımla, görünüşte ihmali suçlar münferit suçlar özelinde düzenlenerek ve bunun da bir gereği olarak farklı bir yol izlenmiş, "yükümlülük" ve "ilgili suçun neticesi" ilişkilendirilerek görünüşte ihmali suç/suçlar formüle edilmiştir. Bu nedenle, görünüşte ihmali suç bağlamında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun düzenlendiği, kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu için de atıf yapılan TCK'nın 83. maddesinin 1. fıkrasında doğrudan neticeyi önleme yükümlülüğünden söz edilmemektedir. Diğer bir anlatımla kanun koyucu, burada Almanya CK ve İtalya CK'ndan ayrılmış ve doğrudan "neticeyi engelleme" veya "neticenin engellenmesini garanti etme" ibarelerini kullanmamış, bunun yerine "yükümlülük ihlali", "netice" ve "sebebiyet verme" ifadesine yer vermiştir.²⁹³

Hakeri'ye göre, eşdeğerlik kaydı;

*“Gerçek manada bir nedenselliğin bulunmaması ve haksızlık alanında icrai fiile nazaran farklılığın bulunmasına rağmen ihmali hareketin cezalandırılabilmesinin mümkün olduğu, fakat bunun için de ihmali davranışın tipikliğinin icrai bir davranışla gerçekleştirilmesine denk olması gerektiği” anlamına gelmektedir.*²⁹⁴

Alman Ceza Kanunu m.13'deki düzenlemenin garantör konumunda olan kişileri kanunun özel hükümler kısmındaki tüm icrai suçların potansiyel faili haline getirmesi karşısında, ihmali suçlarda sorumluluk alanını bir kez daha daraltma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Çünkü bazı suç tiplerinin ihmali davranışla işlenmesi, icrai davranışla işlenmesi gibi ciddi bir haksızlığa yol açmayabilir.²⁹⁵ Bir diğer yaklaşıma göre; “ihmalin icra ile eşdeğer olması” için aranacak en önemli şart; ihmalin icraya eşdeğer olabilmesi için, kişinin hem garantör pozisyonunda hem de

²⁹² MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2022), “Türk Ceza Kanunu”, <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>. (ET. 03.10.2022)

²⁹³ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 185-187.

²⁹⁴ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 195.

²⁹⁵ Age, s. 192-193.

belirli bir davranışı gerçekleştirme konusunda yükümlülük altında olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.²⁹⁶ Yurtlu konuyu şöyle ifade etmektedir: TCK m.83'ün lafzından, eşdeğerlik kaydının çok büyük ölçüde garantörlüğe işaret ettiği anlaşılmaktadır. Çünkü TCK m.83/2; "İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için" ibaresinden hemen sonra garantörlük kaynaklarına atıf yapmaktadır. "Eşdeğerlik kaydının" içeriği çoğu zaman garantörlük ile doldurulmaktadır. Eşdeğerlik kaydına ilişkin değerlendirme yapılırken; fiil unsuru, garantörlük, konu, netice, failin kast veya taksirine dayanan kusurunun yoğunluğu gibi tüm unsurlar birlikte değerlendirilmeli ve ihmali haksızlığın cezalandırmaya layık olup olmadığı tespit edilmelidir.²⁹⁷

1.4.2 Umumi Olarak Yükümlülüğün Kaynakları

Sözlük anlamı "gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savsaklama, savsama, önem vermeme, üste düşeni yapmama" olan "ihmal" TCK'nın 83. maddesinin gerekçesinde "kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklendiği hallerde, bu yükümlülüğe uygun davranılmaması" şeklinde tanımlanmıştır.²⁹⁸ İhmal suretiyle icrai hareketin söz konusu olması için failin suçun gerçekleşmemesi konusunda aktif bir davranışta bulunma yükümlülüğü (garantörsel yükümlülük, Garantienpflicht) bulunmasına rağmen pasif kalarak bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve haksızlığın gerçekleşmesine sebep olması gerekmektedir. Bu nedenle ihmal suretiyle icrai hareketin ayırt edici noktası, failin suç tipinde yer almayan bir emre aykırı davranmasıdır. Türk ceza hukukunda, yükümlülüğün kaynağı olarak kanun, sözleşme veya öngelen tehlikeli davranış olarak kabul edilmektedir. Bu kabulün temelinde TCK m.83 hükmü yer almaktadır. Maddenin ikinci fıkrasının a ve b bentlerinde yükümlülük kaynakları "(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" şeklinde gösterilmiştir.²⁹⁹

²⁹⁶ Rudolf RENGIER (2012) *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5. Neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck Verlag, München, s. 470, kn. 28, Aktaran Fatih YURTLU 2021, age, s. 581-638.

²⁹⁷ Fatih YURTLU 2021, age, s. 579-636.

²⁹⁸ Ali PARLAR ve Muzaffer HATİPOĞLU (2010), *Açıklamalı-Yeni İctihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 76-150. Maddeler, Cilt: 2, Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 1386-1395.

²⁹⁹ Aras TÜRAY 2020, age, s. 115-154.

Seelmann, garantörlüğün kaynağı olarak mağdur yararlarını göz önünde bulunduran ve hareketten sorumluluğu esas alan anlayışın taraftarıdır. Teminat yükümlülüğü kategorilerini ikiye ayırır: Bir kimsenin kendi öngelen davranışındaki sorumluluktan kaynaklanan garantörlükler ve sosyal aidiyetten dolayı doğan sorumluluktan kaynaklanan garantörlükler.

Grümvald, teminat yükümlülüğü kategorilerinin dört grup olması gerektiği görüşündedir: 1) İhmal eden ile mağdur arasındaki ilişkiden kaynaklanan teminat yükümlülüğü,- 2) İhmal eden İle bir suçun faili arasındaki ilişkiden kaynaklanan teminat yükümlülüğü (ihmal suretiyle iştirak),- 3) Kamusal fonksiyonları icra edenlerin garantörlüğü,- 4) Öngelen tehlikeli fiilden kaynaklanan teminat yükümlülüğü.

Jakobs'un teminat yükümlülüğü ayırımı ise kısaca şöyle ifade edilebilir: A) Organizasyon Yetkililiğinden Kaynaklanan Yükümlülükler [*1. Münasebet Yükümlülüklerinde Güvenlik Yükümlülükleri,- 2. Öngelen Tehlikeli Eylemde Güvenlik Yükümlülükleri,- 3. Yükümlülüklerin, Ödevlerin ve Harekete Hazır Olmanın Üstlenilmesinden Kaynaklanan Yükümlülükler,- 4. Kendini Yaralamaları Önlemeye Yönelik Organizasyon Yetkililiğinden Kaynaklanan Yükümlülükler*], B) Kurumsal Yetkililikten Kaynaklanan Yükümlülükler [*1. Ebeveyn-Çocuk İlişkisi,- 2. Evlilik,- 3. İkâme İlişkiler,- 4. Özel Güven,- 5. Devletin Asli Yükümlülükleri*]³⁰⁰

Alman CK m. 13'te garantörlüğün kaynaklarına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bağlamda kanun koyucunun, garantörlük kavramının içinin uygulama tarafından doldurulmasına yönelik bir tercihinin olduğunu söylemek mümkündür. Buna karşılık TCK m. 83, garantörlüğün “kanundan, sözleşmeden ya da failin tehlikeli davranışından” kaynaklanabileceğini açıkça düzenlemiştir. Alman CK “fonksiyon kuramını (funktionenlehre)” benimsemiş iken TCK, “hukuki kaynak kuramını (rechtsquellenlehre)” yani “klasik yaklaşımı” benimsemiş görünmektedir. İsviçre Ceza Kanunu ise karma bir yaklaşım benimsemiştir. İsviçre CK m. 11/2; ihmali sorumluluğun, hukuki olarak yükümlü olan kişinin hareketsiz kalması halinde gündeme geleceğini ifade ettikten sonra, bu hukuki yükümlülüğün “özellikle” şu dört durumdan kaynaklanabileceğini vurgulamıştır: “Kanunlar, sözleşmeler, belirli risklerin gönüllü olarak üstlenilmesi ve bir tehlike yaratılması”. Yurtlu'ya göre; fonksiyon kuramı, garantörlüğe ilişkin genel

³⁰⁰ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 122-123.

bir tanım yapmakla yetinerek, bu yükümlülüğün kaynaklarına ilişkin doğrudan bir kanuni düzenleme öngörmez. Bu kurama göre teminat yükümlülüğü iki şekilde ortaya çıkar: birincisi, bir hukuki değerın dışarıdan gelecek saldırılara karşı korunması (koruma garantörlüğü/beschützergarantenstellung/obhutspfl ichten); ikincisi ise, belirli tehlike kaynaklarının üçüncü kişilere verecekleri zararların engellemesi (gözetim garantörlüğü/überwachungsgarantenstellung/sicherungspfl ichten). Aile bağları, yakın yaşamsal ilişki, sözleşme ya da gönüllü üstlenme “koruma garantörlüğüne”; araç ve bina sahipleri, tehlikeli madde üreticileri, tehlike kaynaklarının sahiplerinin garantörlüğü ise “gözetim garantörlüğüne” örnek olarak gösterilebilir. “Hukuki kaynak kuramı (rechtsquellenlehre)”; teminat yükümlülüğünün ihmali suçlar bakımından maddi bir unsur olduğunu ve dolayısıyla kanunilik ve belirlilik ilkeleri nedeniyle en azından genel bir sınırının çizilmesi gerektiğini savunmaktadır.³⁰¹

Yükümlülük (teminat yükümlülüğü) kaynaklarının belirlenmesi hususunda, ihmal ve ihmali sorumluluk kavramında yaşanan gelişen neticesinde ilkin “kanun”, “sözleşme” ve “önden gelen tehlikeli davranış” birer kaynak olarak ortaya konulmuştur. Bu üç kaynak, uzun yıllar boyunca, görünüşte ihmali suçlar bakımından esas alınan kaynaklar olarak kalmıştır. Bu kaynakları bir arada temel alan kuram günümüzde “şekli hukuki yükümlülük kuramı” olarak adlandırılır. Daha sonraki dönemlerde ortaya atılan “koruma yükümlülüğü” ve “gözetim yükümlülüğü” kavramları konunun içeriğine yönelik oldukları için bunları esas alan kuram “maddi hukuki yükümlülük kuramı” olarak ifade edilmektedir. Günümüze daha yakın yıllarda ise “egemenlik ve yetki sahipliği kuramı” geliştirilmiştir.

1.4.2.1 Şekli Hukuki Yükümlülük Kuramı

Hümanizma, Rönesans ve Reform hareketlerinden doğan düşünsel gelişim, 18. yy. aydınlanma felsefesini meydana getirmiştir. Aydınlanma felsefesinin ve ABD’nde cereyan eden bağımsızlık hareketi ile değişen yönetim biçiminin tesiri, kötü yaşam koşullarıyla birleşince 1789 Fransız ihtilaline kaynaklık etmiş, ülkede cumhuriyet ilan edilirken, batı medeniyetlerinden başlamak üzere siyasi rejimlerin mutlakiyetçi eğilimleri birer birer ortadan kalkmaya başlamıştır. Cumhuriyetçilik, milliyetçilik, eşitlik, özgürlük gibi kavramlar yaygınlaşmış, imparatorluklar

³⁰¹ Fatih YURTLU 2021, age, s. 579-636.

zayıflayarak yıkılmıştır. “Aydınlanma, bir başka deyişle ‘akıl’ çağına uzanan bu süreçte, evrenin dinsel algılaması yanında bir de bilimsel algılamasının olabileceği gerçeğini ortaya çıkarmıştır. Tabii, bunun bir sonucu olarak, ‘toplum’, ilahî iradenin var kıldığı bir oluşum olarak değil, insanların ortak ve eşit iradelerinin bir araya gelerek varlık kazandırdıkları bir kurallar sistemi bütünü olarak algılanmaya başlanmıştır. Bu algı, doğa düzeni yanında ilkeleri tamamen farklı bir de toplum düzeninin bulunduğu, dolayısıyla doğadan farklı bir normatif dünyanın varlığı gerçeğini ortaya koymuş ve aydınlanmanın esası olan laiklik ilkesini doğurmuştur. Aydınlanma düşüncesi ve bu akımın getirdiği laiklik düşüncesi ceza hukukundaki yansımaları “Kanunilik İlkesi” şeklinde bulmuştur. Esas olarak sadece ceza hukukunda değil, bir tarafın devlet olduğu tüm kamu hukuku ilişkilerinde (vergi hukuku, idare hukuku) bu ilkeyi görmek mümkündür. Ondokuzuncu yüzyılda Alman ceza hukukçusu Anselmo Feuerbach “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesini ilk kez “nullum crimen, nulla poena sine lege” şeklinde Latince hukuk terimi olarak ifade etmiştir.³⁰²

Teminat yükümlülüğü kaynağı olarak gösterilen ilk kaynaklar, "kanun (Gesetz)" ve "sözleşme (Vertrag)" olmuştur. Bunları, Feuerbach'ın aydınlanma çağının özgürlükçü anlayışı ile belirlediği ifade edilir. Bu, bugünden bakılınca da savunulabilir bir iddiadır. Çünkü kanun açısından; suç ihdas etme yetki tekeli olan bir hukuki işlemin yükümlülük de tesis etmesi, söz konusu hukuki işlemin suç öngörebilmek için sağladığı şartları, yükümlülük öngörme için de evleviyetle sağlaması anlamına gelmektedir. Sözleşme açısından ise bu kez kanunun aksine hukuk tarafından yükletilme değil, kişinin bizzat kendi tercihi ile -iradi- yüklenmesi söz konusudur. Bu nedenle teminat yükümlülüğü kaynaklarının kanun ve sözleşme olarak kabul edilmesi, kişi temel hak ve hürriyetleri için güvenceli bir durumdur.³⁰³

1.4.2.1.1 Kanun ve Sözleşmeden Doğan Yükümlülük

Neticeyi önleme yükümlülüğü öncelikle kanundan kaynaklanabilir. Bu tür bir yükümlülük, doğrudan anayasa normlarından da çıkarılabilir. Her şeyden önce devlet, bireylerin hukuksal yararlarını korumak için genel olarak gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır. Ancak bundan, üçüncü kişiler tarafından bu yararların

³⁰² Ezgi Aygün EŞİTLİ (2013), Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi *TBB Dergisi*, S. 104, s. 225-246.

³⁰³ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 213.

ihlalini önlemek için devlet organları bakımından genel bir garanti yükümlülüğü çıkarılamaz. Bu bağlamda, örneğin, izin verilen bir yükümlünün izinde olduğu sırada birisini öldürmesi durumunda yetkililer açısından bir garanti yükümlülüğü söz konusu değildir.³⁰⁴

Akbulut'a göre, bir kimsenin, belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması ve bu yükümlülüğe aykırı davranışının bir başka kimsenin ölüm neticesini meydana getirmeye elverişli olması halinde, bu kimse de inceleme konumuz suç bakımından fail olabilecektir. Burada sözleşme kavramıyla neyin kastedildiği konusunda, konuya ilişkin özel hukuk hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekir. Buna göre sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan etmeleriyle meydana gelen hukuki işlem olup, geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Yine taraflar karşılıklı ve birbirine uygun rızalarını açıkça ifade edebilecekleri gibi zımnî olarak da belirtebilirler. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sözleşmenin mutlaka bir ivaz karşılığı yapılmış olması da zorunlu değildir.³⁰⁵

Belirtmek gerekir ki yükümlülük kaynağı olarak sözleşme yerine, iradi üstlenme ya da gönüllü üstlenme kavramlarının da kullanıldığı görülmektedir.³⁰⁶⁻³⁰⁷

Türay'a göre, sözleşme kavramı yerine gönüllü/iradi üstlenme veya hukuki ilişki kavramının kullanılması, ceza hukukunun gerekleri bakımından daha yerinde olurdu. Yükümlülüğün sözleşmesel temelli olması ile iradi/gönüllü üstlenmeye dayanması birçok noktada örtüşecekse de bazı noktalarda ayrılabilir. Örneğin doktrinde yükümlülüğün üstlenilmesi ve tehlike devam ederken yarıda kesilmesi halinde, kişinin ihmal suretiyle icrai hareketi olduğu belirtilmiştir. Buna göre yolda yerde yatan bir kişiye ilk yardım uygulanırken, yardımın yarıda kesilmesi halinde ihmal suretiyle icrai hareket söz konusu olacaktır. Zira kişi artık garantörlüğü gönüllü olarak üstlenmiştir. Buna karşın yükümlülüğün temelini sözleşme olarak kabul edilmesi halinde ortada hukuki bir ilişki bulunmadığı, fiili bir durum söz konusu olduğu için teminat yükümlülüğü de söz konusu olmamalıdır. Bu nevi bir

³⁰⁴ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2019, age, s. 445.

³⁰⁵ Emre AKBULUT (2006), "İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu", *TBB Dergisi*, S. 66, s. 183-224.

³⁰⁶ Yazara göre, koruma yükümlülüğünün iradi biçimde üstlenilmesi, neticeyi önleme yükümlülüğünün diğer bir kaynağını oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle, koruma yükümlülüğü bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanabilir. (İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 230-231.)

³⁰⁷ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 404.

durumda yardıma muhtaç olan kişinin kendi haline bırakılması halinde TCK m. 98'de düzenlenen yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlali suçu oluşacaktır.³⁰⁸

Dolayısıyla, tipik neticenin meydana gelme konusundaki hukuki yükümlülüğün kaynağı sözleşme olabilir. İradi üstlenme nedeniyle garantörlüğün nedeni, kişilerin bu üstlenmeye güvenerek normalde yapmayacakları bir tehlikeye kendilerini maruz bırakmaları veya gerekli tedbirleri almamalarıdır. Dolayısıyla bu şekilde teminat yükümlülüğü, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün fiilen üstlenmesiyle oluşur.³⁰⁹ Ancak sözleşme yapılması, neticeye engel olma yükümlülüğünün başlamasına yetmez. Burada gerekli koşul, sözleşmeye dayanan önleme yükümlülüğünün fiilin işlendiği sırada fiilen üstlenilmiş olmasıdır.³¹⁰ Öztürk ve Erdem, üstlenmenin, yalnızca bu herhangi bir sözleşmeye dayandığı takdirde önleme yükümlülüğüne dayanak oluşturabileceğini, fiili üstlenmenin tek başına yeterli olmayacağını belirtmişlerdir.³¹¹

Bu yükümlülük her zaman görevin üstlenmesinden sonra ortaya çıkmaz. Söz konusu ilişkinin doğurduğu güven dolayısıyla, gözetilen kişinin olası tehlikelere karşı gerekli koruma önlemlerini almaya gerek duymamasından da doğabilir. Hekimin, bir hastayı tedavi konusunda telefonla söz vermesi durumunda, verilen söz hasta yakınlarını, hekimin gelmeyeceği kesin olarak anlaşılıncaya dek başka önlemlere başvurmaktan alıkoymuş olabilir. O zaman hasta yakınlarının, verilen söze güvenerek başka önlemlere başvurmamalarının normal bir davranış olup olmadığı değerlendirilerek, hekim açısından neticeyi önleme yükümlülüğünün doğmuş olup olmadığı belirlenir.³¹²

Ölüm neticesini önleme konusunda sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler şu örnekler verilebilir:

* A, kalmakta olduğu otelin havuzunda yüzmekte iken tansiyonu yükselir ve hareketsiz kalarak batmaya başlar. Bu durumun farkına varan otelin cankurtaranı B, önceki gün kendisini azarladığı gerekçesiyle A'yı kurtarmaz ve A ölür. Bu durumda B, ihmal suretiyle kasten adam öldürme suçunu işlemiş olacaktır. Çünkü otel ile A arasında yapılan sözleşme ve B ile otel arasında akdedilen iş sözleşmesi uyarınca; B,

³⁰⁸ Aras TÜRAY 2020, age, s. 115-154.

³⁰⁹ Volkan Murat DÜLGER 2021, age, s. 297.

³¹⁰ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 260.

³¹¹ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2019, age, s. 446.

³¹² Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 261.

A'nın boğulması durumunda ona yardım etmek hususunda sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük altındadır.

* Doktorların kanundan kaynaklanan yükümlülüklerinin dışında kalan hallerde hastaları ile ilgilenmemeleri ve ölüm neticesine sebebiyet vermeleri halinde, 5237 s. TCK m. 83'ten sorumluluklarını gerektiren sebep, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri olacaktır.³¹³

Sözleşmenin geçerli olduğu zaman aralığı bakımından bazı sonuçlar ortaya çıkar. Örneğin, yalnızca pazartesi günleri çalışmak üzere sözleşme yapan bir cankurtaran, cuma günü havuza yüzmek için geldiğinde, boğulan kişi açısından garantör değildir. Çünkü, sözleşme ile getirilen yükümlülük kapsamı sadece pazartesi gününe ilişkindir. Cuma günü havuza yüzmeye gelen ve cankurtaran olarak görev almayan kişinin sözleşmesel neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmaz.

Bir görüşe göre kanundan kaynaklı yükümlülüğün kaynağı yalnızca şekli anlamda kanun olabilecektir. Kanun, mevcut sisteme göre Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ilgili usul ve kurallara uyularak yapılan bir işlemdir. Dolayısıyla yükümlülüğün kaynağında yürürlükteki bir yasal düzenleme bulunması gerekmektedir. Elbette ilgili düzenlemenin yeterince açık ve yükümlülük altına alınanlar bakımından anlaşılabilir olması son derece önemlidir. Bir diğer ifadeyle kanundan kaynaklı yükümlülük, yalnızca Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ilgili usul ve kurallara uyularak oluşturulmuş bir yasadan kaynaklanabilecek, ancak idarenin genel düzenleyici işlemleri ihmal suretiyle icrai hareketin varlığı için yeterli olmayacaktır.³¹⁴ Örneğin yönetmelikler aracılığıyla verilen görevler, ihmal suretiyle icrai hareketin tespitinde dikkate alınmayacaktır. Buna ek olarak, kanun hükmündeki kararnameler ve idarenin genel düzenleyici işlemlerindeki yükümlülükler, söz konusu suçların oluşumu için yeterli olamayacağı gibi salt ahlaki yükümlülükler de suçun oluşumuna yol açmayacaktır.³¹⁵ Akbulut'a göre, burada üzerinde durulması gereken bir husus, bir kimsenin kanun değil de diğer bir normatif kaynaktan, örneğin bir tüzükten ya da yönetmelikten kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal ederek bir ölüme sebebiyet vermesinin de 83. madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Her ne kadar kanunun lâfzında açıkça "kanuni düzenlemelerden kaynaklanan bir yükümlülük"ten söz edilse de idarenin daha önce

³¹³ Emre AKBULUT 2006, age, s. 183-224.

³¹⁴ Güçlü AKYÜREK 2015, age, s. 139-158.

³¹⁵ Age, s. 139-158.

kanunla düzenlenmemiş bir alanda ilk elden bir düzenleyici işlem ihdas etmesinin mümkün olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, madde metnindeki ifadenin idari nitelikli düzenleyici işlemleri de kapsamına aldığı ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte madde metninde bu hususun açıklığa kavuşturulması ve eğer idarenin düzenleyici işlemlerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi isteniyorsa, madde metninde –kanun– yerine –mevzuat– ifadesine yer verilmesi, kanun yapma tekniği açısından daha isabetli olurdu. Ancak, Kanun Hükmünde Kararnameler tarafından öngörülen yükümlülüklerin 83. madde kapsamında yer aldığı konusunda tereddüt edilmemesi gerekir.³¹⁶ Türay’a göre, kanundan kaynaklı yükümlülük bakımından maddi anlamda kanunun dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla erişilebilir ve belirli olan düzenlemelerden kaynaklı yükümlülüğünü ihlal eden kişinin ihmal suretiyle icrai hareketi söz konusu olabilecektir. Örneğin itfaiyenin görevleri, şekli anlamda bir kanunda değil, maddi anlamda kanun olarak kabul edilebilecek olan Belediye İtfaiye Yönetmeliği’nin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Belediye İtfaiye Yönetmeliği m. 6/f. 1-a bendi kapsamında yangına müdahale etme yükümlülüğü bulunan itfaiye görevlisinin imkânı varken bir yangına müdahale etmemesi sonucu meydana gelen haksızlıktan dolayı ihmal suretiyle icrai hareketinden sorumlu olması mümkündür.³¹⁷

1.4.2.1.2 Öngelen Tehlikeli Davranıştan Doğan Yükümlülük

Garanti yükümlülüğü, failin tehlike yaratan davranışından da (=Ingerenz) ileri gelebilir. Bu tehlikenin aktif veya pasif, kusurlu ya da kusursuz, hukuka uygun ya da aykırı bir davranışla gerçekleşmiş olması önemsizdir.³¹⁸ Centel ve arkadaşlarına göre, başkalarına zarar verebilecek bir tehlike yaratan kişi, bunun bir suçta dönüşmemesi için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Örneğin, birini yanlışlıkla bir odada kilitli bırakan kişi, onun bu eylemden zarar görmesini önlemek zorundadır. Bu yükümlülüğten söz edilmesi için şu unsurlar gerçekleşmelidir: 1) Önceki eylem, zarar doğması yakın tehlikesine sebebiyet vermiş olmalı, 2) Önceki eylem kusurlu olmasa bile, objektif bir değerlendirmeye yükümlülüğe aykırı olmalı, 3) Yükümlülüğün ihlali, korunan hukuki değeri içeren normu ihlal etmelidir.³¹⁹

³¹⁶ Emre AKBULUT 2006, age, s. 183-224.

³¹⁷ Aras TÜRAY 2020, age, s. 115-154.

³¹⁸ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2019, age, s. 446.

³¹⁹ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 261.

Öngelen (daha önce yapılan) tehlikeli hareketten kaynaklanan garantörlükte, failin kendisi tehlikenin kaynağıdır. Failin hareketi başkalarını tehlikeye soktuğundan, bu tehlike kaynağını da kapsamalı, tehlikenin neden olabileceği sonuçları önlemelidir. Burada neticeye neden olma ile neticeyi önlemeyi ihmal birlikte söz konusu olmaktadır. Gerçekten de failin neticeyi önleme yükümlülüğünün kaynağını, failin nedensellik serisini bizzat harekete geçirmiş olması oluşturmaktadır. Öngelen tehlikeli hareketten kaynaklanan teminat yükümlülüğü, özellikle trafik kazası sonucu bir yayaya çarpan sürücünün, mağdurun ölümü halinde, taksirle öldürme yerine, kasten öldürmeden sorumlu olmasına sebep olabilecektir.³²⁰⁻³²¹

Neticenin ortaya çıkmasında failin önceki tehlikeli davranışının nedensel olması yeterli olmayıp, bu davranışın neticenin gerçekleşmesi bakımından yakın bir tehlike meydana getirmiş veya mevcut tehlikeyi arttırmış olması da gerekir. Öngelen tehlikeli davranıştan kaynaklanan garanti yükümlülüğüne, yırtıcı bir köpeği kabul etme, alkolün etkisiyle kusur yeteneğini yitirmiş olan bir kişiye aracı verme, bir sürücüye aşırı alkol verme ve bu durumda iken trafiğe çıkmasına göz yumma, sağlık açısından tehlikeli sahte rakıyı piyasaya sürme örnekleri verilebilir.³²²

Öğretide “öngelen tehlikeli eylem” şeklinde isimlendirilen bu önceki hareketin, ölüm neticesinin gerçekleşmesi bakımından nedensel bir değer taşıması ve kasıtlı bir hareket olmaması gerekmektedir. Zira burada kanun koyucu, kastı olmaksızın ölüm neticesinin nedensel serisini başlatan faile bu seriyi kesme yükümü yüklemiştir. Eğer failin eylemi tehlikeli olmakla birlikte ölüm neticesini meydana getirmeye elverişli değilse, bu durumda failin ihmali ile ölüm neticesi arasında illiyet bağı bulunmadığından (daha sade bir ifadeyle mağdur bir başka nedenle ölmüş

³²⁰ Timur DEMİRBAŞ 2018, age, s. 238.

³²¹ “A, alkollü olarak Devlet karayolunda geceleyin otomobiliyle seyrederken, azami hız sınırını aşarak, aracın kontrolünü kaybeder ve karşı istikametten bisikletiyle gelmekte olan B’ye çarpar. B’nin ağır yaralandığını fark eden A, korkar ve olayı kimsenin görmemesinden yararlanarak, otomobiliyle olay yerinden kaçar. Sabahleyin yoldan geçenler, B’nin cesediyle karşılaşır. Bu olayda A, B’nin taksirle yaralanmasına sebebiyet vermiş ve bu suretle TCK’nın 89. maddesinde tanımlanan taksirle yaralama suçunu işlemiştir. Ancak, A’nın durumu fark etmesine rağmen, hastaneye kaldırılması ve tedavi görmesi için gerekli yardımı yapmayı ihmal etmesi sonucunda B olay yerinde ölmüştür. Bu durumda A ayrıca kasten öldürme suçunu ihmali davranışla işlemiştir ve bu sebeple TCK’nın 83. maddesi hükümleri çerçevesinde cezalandırılması gerekir. A, her ne kadar ayrıca taksirle yaralama suçunu işlemiş ise de bu suç sebebiyle soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlı olduğu (m. 89, f. 5) ve mağdur B şikâyet hakkını kullanmadan öldüğü için, taksirle yaralamaya sebebiyet verme suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır.” “Keza, B’ye bir silâh satan A, bilahare bu silâhla B’nin bir başkasına karşı öldürme fiili işleyeceğini öğrenirse, B’ye engel olmak yükümlülüğü altına girer. Ön gelen tehlikeli fiili işleyen kişinin neticeyi önleme yükümlülüğü mevcuttur.” İzzet ÖZGENÇ 2021a, age, XXV (4), s. 303-378.

³²² Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2019, age, s. 446.

olacağından) m. 83'ün uygulanması söz konusu olmayacaktır. Yine failin önceki tehlikeli davranışını kasten icra etmesi halinde icra suretiyle kasten öldürme suçundan sorumluluğu doğacak, bu durumdaki failin önceki eyleminin sonuçlarını bertaraf etmeye çalışması durumunda da gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.³²³

Koca ve Üzülmöz'e göre, sırf bir tehlikeye sebebiyet vermenin neticeye engel olma yükümlülüğü doğurmayacağı, öngelen tehlikeli eylemden dolayı teminat yükümlülüğü (Ingerenz) düşüncesinin üç bakımdan sınırlandırılacağı ifade edilmektedir.³²⁴ Hakeri ve Erbaş kendi eserlerinde ayrı ayrı bu hususu ayrıntılı bir biçimde şöyle açıklamaktadırlar: İlk öngelen fiil zararın meydana gelmesi bakımından doğrudan, somut ve yakın bir tehlikeye neden olmalıdır (*yakın/ elverişli tehlike*). Çok uzak tehlikelerden dolayı sorumluluk kabul edilemez. Tehlike bakımından her nedensel hareketin teminat yükümlülüğü nedeni teşkil etmesi söz konusu olamaz. Sosyal bakımdan uygun öngelen eylemler de teminat yükümlülüğü doğurmaz. İkinci olarak, öngelen eylem ile önlenecek tehlike arasında yükümlülüğe aykırılık ilişkisi aranmaktadır (*objektif olarak bir yükümlülüğe aykırılık*). Bugün için öğretide öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlüğün tipik ve hemen hemen tartışmasız örneği olarak, dikkatsizlikle bir bisikletliye çarpıp, yardım etmeden olay yerinden ayrılan kamyon sürücüsü olayı gösterilmektedir. Bunun nedeni, failin mağdur bakımından böyle bir tehlikeyi nedensel bir öngelen eylem ile değil de özene aykırı (=pflichtwidrig) (yükümlülüğe aykırı) bir öngelen eylemle oluşturmasıdır. Öngelen davranış objektif olarak yükümlülüğe aykırı (kusurlu olmasa bile) olmalıdır. Failin sosyal açıdan uygun ve/veya özen yükümlülüğüne uygun (=sozialadäquat und/oder sorgfaltsgemäß) hareket ettiği hallerde ağırlıklı görüş garantörlüğü kabul etmemektedir. Örneğin kurallara uygun seyreden bir aracın önüne aniden çıkan bir kimse bakımından araç sürücüsünün garantör olması söz konusu olamaz. ...Araç ve sürücüsü bakımından herhangi bir eksikliğin bulunmaması halinde, hukuka uygun hareket eden sürücünün garantör olması düşünülemez. Sürücünün tamamen trafik kurallarına uygun hareket etmesi ve meydana gelen kazada da kusurun tamamen mağdurda olduğu hallerde teminat yükümlülüğü söz konusu olamaz. Üçüncü olarak, yükümlülüğe aykırılık ilgili hukuki yararın

³²³ Emre AKBULUT 2006, age, s. 183-224.

³²⁴ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 406.

korunmasına hizmet eden normun ihlâli olarak kendini göstermelidir (*bir hukuki değerin korunması*).³²⁵⁻³²⁶ Her türlü yükümlülüğe aykırılık da teminat yükümlülüğü doğurmaz. Taksirde olduğu gibi belirli bir kuralın ihlâli gereklidir. Dolayısıyla mesela hırsızın takip ederken yaralanan kimse bakımından, hırsızın garantörlüğü mevcut değildir. Yalnızca doğrudan öngelen tehlikeli eyleme bağlı sonuçlar bakımından teminat yükümlülüğü kabul edilmektedir. Özetle denilebilir ki, objektif olarak özen yükümlülüğüne aykırı olup da herhangi bir hukuka uygunluk sebebi tarafından izin verilmeyen hareketler öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğünün temelini oluşturmaktadır.³²⁷

Öngelen davranışın yükümlülüğe aykırı olması gerekliliği kuralı her ne kadar bazı eski yargı kararlarında hukuka uygun öngelen hareketin de teminat yükümlülüğü doğuracağı savunulmuş ise de bugünkü yerleşik içtihatla yerleşmiştir.³²⁸ Tehlike yaratan hukuka uygun bir eylemin verilen risk kapsamında ise bundan neticeyi önleme yükümlülüğü doğacaktır.³²⁹ Çünkü izin verilen risk, riskli davranan kişiye sadece tehlikeli davranışı yapma yetkisini verir, ancak üçüncü kişilere zarar verme hakkını tanımaz.³³⁰ Buna karşılık, meşru müdafaa (yasal savunma) sınırları içinde kalarak kendisine saldıran kişiyi yaralayanın bu yaralıya yardım etme yükümlülüğü, herhangi bir kişinin yardım yükümlülüğü kadardır.³³¹ Meşru müdafaa bakımından bugün yaygın görüş, meşru müdafaa halinde saldırganı yaralayan kişinin, o kimsenin hayatını kurtarma hususunda garantör olmadığını kabul etmektedir. Bunun nedeni saldırganın karşı saldırıya kendisinin sebebiyet vermiş olmasıdır. Karşı saldırıya neden olan kişi, kendisinin saldırdığı kişiden, ona bu kez yardım etmesini bekleyemez.³³² Meşru müdafaa öngelen tehlikeli eylemden ötürü garantörlüğü kabul eden yazarlar ise saldırganın karşı "kanı helal muamelesi"nin yapılmaması gerektiğini savunmaktadırlar. Buna karşılık ise, "kanı helal kılmama esası"nın nitelikli (garantörsel) ihmali suçlar vasıtasıyla değil de yardımın ihmali

³²⁵ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 170-172.

³²⁶ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 219.

³²⁷ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 170-172.

³²⁸ Age, s. 173.

³²⁹ Muharrem ÖZEN 2017, age, s. 270.

³³⁰ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 173.

³³¹ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 261-262.

³³² Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 406.

suçu vasıtasıyla sağlandığı, bu hükmün saldırganı da koruduğuna işaret edilmektedir.³³³

1.4.2.1.3 Yakın-Sıkı Yaşam ve Tehlike Alanı Kavramından Doğan Yükümlülük

Birlikte yaşama, bakım, hizmet ilişkisi gibi yakın toplumsal ilişki neticeyi önleme yükümlülüğünün diğer bir kaynağını oluşturur.³³⁴ Alman İmparatorluk Mahkemesi, 1935 yılında aldığı bir kararında bu durumu "dış dünyaya karşı, ailenin ferdi olmak veya aynı konutu paylaşmak gibi yakın yaşam ilişkileriyle (enge Lebensgemeinschaft) birbirlerine bağlı olmaktan kaynaklanan ahlaki yükümlülükler, hukuki yükümlülüğe dönüşebilir" şeklinde ifade etmiştir.³³⁵

1.4.2.1.4 Eleştiriler

Bu teori, bu alanda geliştirilen ilk kuram olması bakımında günümüzde çeşitli eleştiriler ile karşılaşmaktadır. Eleştiriler, bu teorinin ilk geliştirilen teori olup artık eskimiş olduğu yönündeki değerlendirmeler- ki bu konuda; maddi teori dururken TCK'da şekli teorinin benimsenmiş olması da eleştirilmiştir. Ayrıca, Groppe'a göre; şekli teori, garantörlüğün öngörüldüğü kaynağa doğrudan işaret etmekte ve "neden" sorusunu yanıtlarken, maddi teori (koruma ve gözetim yükümlülüğü) muhtevaya dayanmakta ve "nasıl" sorusuna yanıt vermektedir.³³⁶ haricinde genel olarak şu başlıklar altında toplanabilir: 1) Ceza Hukuku Dışındaki Normlarla Haksızlığın İnşa Edilmesi Savı: 1930'lu yıllarda ceza hukukunda hâkim olmuş olan ceza hukukunun medeni hukuktan bağımsızlaştırılması düşüncesinin etkisinde temel bir eleştiri getirilmiştir. Buna göre ihmalî davranış, ceza hukuku dışındaki hukuki yükümlülüklerle (kanundan, sözleşmeden ve önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranıştan kaynaklanan) icrai davranışa eşdeğer kılınmaktadır. Bu şekilde ceza hukuku haksızlıklarının diğer hukuk dallarının muhtelif normları ile inşa edilmesine izin verilmiş olmaktadır.- 2) Her Durumda Hukuki Neden (Muhteva) İçermemesi Savı: Bir kanun veya sözleşme hükmündeki yükümlülük için her zaman teminat yükümlülüğü ile sonuçlanabilecek bir yükümlülük nitelendirmesi yapılamaz. Bunların içinin mesuliyet temelini (kişinin neden garantör olduğunu) ortaya koyan

³³³ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 173-174.

³³⁴ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 260.

³³⁵ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 222-223.

³³⁶ Age, s. 232.

maddi muhtevasını gösteren prensiplerle doldurulması veya değerlendirilmesi zorunludur. Bu kaynaklar bu açıdan bir görüşe göre, garantörlüğün sınırlarını belirleme veya izah etme gibi sadece yardımcı bir işlev görebilir. Ancak tek başlarına kanun veya sözleşme, hiçten (ex nihilo) bir teminat yükümlülüğü kaynağı meydana getirmez. Muhteva arayışının özü, teminat yükümlülüğü kaynaklarının öngördüğü yükümlülüğün ceza hukukunun koruduğu bir hukuki değere hizmet eder nitelikte olmasının sağlanmasıdır. Bu nedenle şekli teorisinin temel eksikliği, teminat yükümlülüğü kaynaklarının öngördüğü yükümlülüğün bir hukuki değere hizmet etmediği hallerin de hukuki bir yükümlülük olarak ceza normunun içeriğini doldurmasının teknik manada mümkün olmasıdır. Armin Kaufmann, görünüşte ihmalî suçlarda neticenin engellenmesi değil; hukuki değerın zarar görmesi veya tehlikeye düşürülmesinin engellenmesi yükümlülüğünün söz konusu olduğunu vurgulamıştır.-

(Yazarın notu: Önemli olan husus hukuki değerin zarar görmesi veya tehlikeye düşürülmesinin teminat yükümlüsü tarafından önlenmesidir.) 3) Gerçek Durumu Yansıtmayacak Kadar Şekilci Oluşu Savı: Bir diğer temel eleştiri, söz konusu teminat yükümlülüğü kaynaklarının aşırı şekilci olması ve gerçek durumla tam uyumlu olmamasıdır. Sözleşmenin bir teminat yükümlülüğü kaynağı olmasına baktığımızda sözgelimi, sözleşmenin tarafları, sözleşme yapmalarına rağmen fiiliyatta sözleşmedeki yükümlülükleri üstlenmemiş olabilirler. Önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış açısından da aynı eleştiri yapılmaktadır. Buna göre bir kimsenin taksirle yoldan geçmekte olan yayayı yaralayıp ona yardım etmeksizin olay yerinden ayrılması örneğinde kişinin önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranışın meydana getirdiği teminat yükümlülüğü nedeniyle cezalandırılmasında cezalandırma nedeninin hangi hukuki yükümlülüğe dayandırıldığı belirsizdir.- 4) Teorideki Kaynakların Ortak Bir Hukuki Nitelik Paydalarının Olmıyışı Savı: Önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranışın, kanun ve sözleşme gibi aynı türde ihmalî icraya eşit kılan bir kaynak niteliğinde olmadığı belirtilmektedir. Bir kere, teminat yükümlülüğü kaynakları olarak kanun (yasama işlemi) ve sözleşme (iki taraflı hukuki işlem), birer hukuki işlem niteliğine sahip iken; önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranışta böyle bir şekli dayanak bulunmamakta, belli bir olguya dayanılmaktadır.- 5) Tek Başına Ahlakın Garantörlüğün İçini Doldurma Tehlikesi Savı: Alman hukukunda şekli hukuki yükümlülük teorisi kapsamında

dördüncü kaynak olarak ayrıca sıralanan, yakın yaşam ve tehlike alanı da eleştirilmektedir. Bu yükümlülük ahlaki bir yükümlülüğün hukuki yükümlülüğe dönüştürmesine örnek olarak gösterilmektedir.- 6) Kaynakların Türleri Arasında Nitelendirme Güçlüğü Savı: Hukuki işlemler olarak kanun ve sözleşme teminat yükümlülüğü kaynakları olarak sıralanınca bunlar arasında hukuki ilişkinin olduğu hallerde hangi kaynağa dayanılacağına bir şüphe ortaya çıkabilir.- 7) İştirak Durumunun Belirlenme Güçlüğü Savı: Alman Ceza Kanunu'nun 13. maddesinin 1962 yılına ait taslağında "... eğer kişinin neticenin meydana gelmesini engellemeye yönelik hukuki yükümlülüğü mevcut ise ve kişinin bu ihmali kanunun tipikliğini icrai davranışla gerçekleştirilmesine eşdeğer ise, o halde fail veya şerik olarak cezalandırılır" şeklinde formüle edilmişti. Buna göre neticeyi engelleme yükümlülüğünü ihlal eden kişinin faillik statüsünde olabileceği gibi şeriklik statüsünde de olabileceği açıkça düzenlenmişti. Ancak taslak yürürlüğe girdiğinde "fail veya şerik olarak" ibaresi çıkarılmıştır.³³⁷

1.4.2.2 Maddi Hukuki Yükümlülük Kuramı (Koruma ve Gözetim Yükümlülüğü Kavramları)

Alman ceza hukukunda, 1950'li yıllarda, Armin Kaufmann tarafından teminat yükümlülüğü kaynaklarının belirlenmesi için koruma ve gözetim yükümlülüğü şeklinde iki yeni kaynak ortaya atılmıştır. Muhtevadan hareket etmesi sebebiyle, maddi hukuki yükümlülük kuramı; klasik tasniften sonra ortaya konması sebebiyle de modern tasnif olarak nitelendirilmektedir. Kuramın temel çıkış noktası, görünüşte ihmali suçlarda neticeyi engelleme yükümlülüğünün konusunun hukuki değer ihlal edilmesinin engellenmesine dayandırılması gerektiğidir. Farklı bir anlatımla, bu görüşe göre "teminat yükümlülüğü hukuki değer korunmasına matuftur." Hukuki değerlerin ihlal edilmesinin engellenmesi de bu kuramda iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Birincisinde "emrin muhatabı, belirli bir hukuki değeri her türlü saldırılara karşı koruma pozisyonuna getirilmiş olabilir". Burada koruma işlevi söz konusudur. Bu yükümlülük, bir hukuk normu ile temellendirilebileceği gibi bir sözleşme ile de temellendirilebilir. İkincisinde ise somut hukuki değerleri tehdit eden belirli tehlike kaynakları üzerindeki sadece bu tehlike kaynağına karşı gözetim

³³⁷ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 223-234.

yükümlülüğü teminat yükümlülüğü kaynağı olarak karşımıza çıkar.³³⁸ Kanaatimce, Gropp, şekli teorinin "neden (weshalb)" sorusuna yanıt verirken; maddi teorinin "ne için (wofür)" sorusunu yanıtladığını belirtmektedir.

Özgenç, maddi yükümlülük konusunda ise şöyle demektedir: “Görünüşte ihmalin cezalandırılabilirliği açısından en önemli sorun; sadece neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan kişinin (teminat yükümlüsünün, garantörün) fail olabileceğinin hukukî izahıdır. Görünüşte ihmali suçtan dolayı failin cezalandırılabilmesi için, neticeyi önlemek hususunda soyut bir ahlaki yükümlülüğün varlığı yeterli değildir. Neticenin önlenmesi hususunda hukukî bir yükümlülüğün varlığı gereklidir. Neticeyi önleme yükümlülüğünün açıklanması bağlamında, tehlikenin yönelik olduğu kişi bakımından “koruma yükümlülüğü”, tehlikenin kaynağı bakımından “gözetim yükümlülüğü” kavramları kullanılmaktadır. Biz, bu yükümlülük çeşitlerini kapsayan ortak bir kavram olarak, teminat yükümlülüğü kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.”³³⁹⁻³⁴⁰ Kanaatimce, “garantör, garantörlük” sözcükleri yerine “teminat yükümlüsü, teminat yükümlülüğü” sözcüklerinin kullanılması daha isabetlidir.

Kanaatimce maddi (modern) hukuki yükümlülük kuramı, bir yandan yükümlülük kaynaklarının maddi içeriğini “koruma” ve “gözetim” kavramlarıyla açıklamakta ve bunu yaparken de yükümlülük kaynaklarını önemli ölçüde genişletmektedir. Kuramın, bir başka açıdan bakıldığında, gereğinden fazla değerlendirme yapmayı icap ettirdiği öne sürülmüştür. Bu kuramda, yükümlülüğün salt ahlâka dayandırılması endişesi, koruma ve gözetim şeklindeki iki mücerret kavram içermesi sebebiyle şekli kurama kıyasla daha da yüksek görünmektedir. İlâveten koruma yükümlülüğünün veya gözetim yükümlülüğünün ne zaman bulunduğu tespitinde güçlük yaşanabileceği iddiası bu kurama Alman öğretisinde getirilen en temel eleştiridir.

Erbaş’a göre, bilhassa “gözetim yükümlülüğü” kavramının bir yükümlülük kaynağı olarak açıklanabilmesi ve sınırlandırılması, kavramın önleyiciliğe hizmet etmesi sebebiyle bir mesele teşkil etmektedir. Ordeig, bünyesinde önceden tehlike barındıran durumlarda gözetim ile görevlendirilmiş olan kişinin, kendisinden "mutlak bir kesinlikle" tipik neticeyi meydana getirecek durumlar için alması

³³⁸ İzzet ÖZGENÇ 2021a, age, s. 303-378.

³³⁹ Age, s. 303-378.

³⁴⁰ İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 396.

öngörülen önleyici tedbirleri bilerek (absichtlich) almayarak gidişatın istikrarını bozması (destabilize etmesi)" halinde kasten gerçekleştirilen görünüşte ihmali suçtan bahsedilebileceğini öne sürmüştür. Buna göre, anestezi hekimi, ameliyat edilmekte olan hastada komplikasyonlar meydana geldiğini hastanın durumunun izlendiği monitörde görmesine rağmen gerekli tedbirleri almayarak hastayı ölüme terk etmesi halinde garantör olarak ihmali davranışından sorumlu olur. Diğer önemli bir temel eleştiri, maddi teorinin garantörlüğün hukuki dayanağını ortaya koyamadığıdır. Kanun, sözleşme ve öngelen tehlikeli davranış, kişinin hiçbir şey yapmamasında sorumluluğunun temelini ve sınırlarını daha iyi ortaya koymaktadır.³⁴¹

1.4.2.3 Tehlike Kaynakları Üzerindeki Egemenlikten ve Üçüncü Kişilerin Hareketlerinden Ötürü Sorumluluk Kuramı

Hem hakimiyet hem de yetkililik görüşleri, kişinin kendi münhasır alanını aynı fikirden tarif etmektedir. İkisinin de ortak hedefi, sadece garantörlüğü belirlemek değil, aynı zamanda garantörlüğü "kapsamı" ile "sorumluluk temelinde" ortaya koymaktır. Schünemann teminat yükümlülüğü ölçütünü, neticenin sebebi (kaynağı) üzerindeki hâkimiyet olarak kavramsallaştırmıştır. Bunun altında birer hâkimiyet şekilleri (formları) olarak da şöyle sıralamıştır. Birincisi, tehlikeli şeyler ve oluşumlar üzerindeki hâkimiyet yetkisidir. Bunu tehlike kaynakları üzerindeki (maddi) hakimiyet olarak daha somutlaştırmıştır. İkincisi ise korunmaya muhtaç kişiler üzerindeki gözetim yetkisidir. Bunu da hukuki değer (mağdurun) korunmaya muhtaçlığından kaynaklanan koruma ilişkisi olarak da ifade etmiştir.³⁴² Garantörlüğün belirlenmesinde hâkimiyet görüşü, iştirak öğretisindeki faillik ve şeriklik statülerindeki belirleyici ölçüt olan hâkimiyet olgusunun garantörlüğe taşınmasıdır. Bu, bilhassa Alman hukukunda görünüşte ihmali suçların özel suç tipleri olarak açıkça düzenlenmemesi nedeniyle, hâkimiyet ölçütünün bu kez ihmali davranışın eksildiğini gidermesi için başvurulmasıdır. Farklı bir anlatımla, icrai suçlardaki faillik ve şeriklik statülerini belirleyen hâkimiyet ölçütüne, bu kez ihmali suçlarda teminat yükümlülüğü kaynağı olarak ihmali icraya eşdeğer kılma işlevi verilmektedir.³⁴³

³⁴¹ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 234-241.

³⁴² Age, s. 241-247.

³⁴³ Claus ROXIN (2003), *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München, Verlag C. H. Beck, § 32, s. 716-722.

Ceza hukukunda kişinin kendi egemenlik alanı içindeki tehlike kaynaklarına nezaretine yönelik teminat yükümlülüğü yükümlülüğü kabul edilmektedir. Bu teminat yükümlülüğü, korumanın gönüllü üstlenilmesinden veya yükümlülüğe aykırı öngelen tehlikeli fiilden bağımsız olarak mevcuttur. Başkalarına açık olan veya bunlardan başkalarına etki edilebilen belli bir egemenlik alanı veya bir sınırlı alan üzerinde tasarruf gücü olan kişinin, tehlikeli durum veya olaylardan, hayvanlardan veya müesseselerden doğabilecek tehlikelere hâkim olduğuna, toplumun güvenebilmesi gerekir. Bu nedenledir ki, araçlar, hayvanlar, araziler, makineler gibi şeylerden tehlikeler söz konusu olabilir ve bu tehlikelerin önlenmesini de egemenliğin sahibi -mesela malik, işletmeci gibi- temin etmek durumundadır. Türk Medeni Kanunu'nun 369. maddesi ev başkanının "ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe" sorumlu olacağını, aynı maddenin ikinci fıkrası da ev başkanının "ev halkından akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunanların kendilerini veya başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemeleri için gerekli tedbirleri" almakla yükümlü olduğunu açıklamaktadır. Taşınmazlar üzerindeki egemenlik ve inşaat alanlarında alınması gereken tedbirler, spor sahalarında alınması gereken tedbirler, araç sürücüsünün sorumluluğu ve hayvan sahibinin sorumluluğu bu kapsam dahilinde ele alınır.³⁴⁴

1.5 TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ YÜKÜMLÜLÜK KAYNAKLARI

1.5.1 Genel Mülahaza

Garantörlüğün hukuki dayanak (ne olduğu), hukuki neden (türü) ve kapsam şeklindeki üç yönünden hukuki dayanak cephesi, TCK'nın "kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" başlıklı 83. maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

"(1) 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.

³⁴⁴ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 179-180.

(2) İhmali ve İcrai 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."

Konunun tarihsel geçmişine baktığımızda, eski TCK'da teminat yükümlülüğü meydana getiren kaynaklar yer almamaktaydı. Fakat, konu Türk ceza hukuku öğretisinde çok daha evvelinden beri ortaya konulmaktaydı. Garantörlüğün kaynaklarının belirlenmesinde, ilk olarak ihmal ile ilgili Galip Mustafa Gültekin tarafından yazılmış müstakil bir eserde "hukukî mükellefiyet" olarak âmme veya hukuku hususiye kanunları, nizamname (tüzük) ve emirname sıralanmış vaziyettedir. Benzer şekilde bu kaynakları Süheyl Dönmezer de kanun, nizamname, talimatname (yönetmelik) şeklinde sıraladıktan sonra bunlara "âmme veya hususiye hukuku mukavelelerinin koyduğu mükellefiyetleri" ifadesiyle hem kamu hem de özel hukuk-sözleşmelerini eklemiştir.³⁴⁵ Faruk Erem ise "kanuni mecburiyet" ve "mukaveleden doğan mecburiyet" şeklinde "... bazı kimselerin (meselâ zabıta memurlarının) suça mani olmak hususunda kanuni ve bazı kimselerin de mukaveleden doğan (mesela hususi muhafızların) mecburiyetleri vardır." şeklinde ifade etmekte idi.³⁴⁶ Netice itibariyle, sıralanmış olan bütün bu kaynaklar, ihmali suçlarda teminat yükümlülüğü kaynakları açısından eski TCK döneminde kanunda yer almasa da öğretilde o dönem ağırlıklı olarak savunulan görüştür. Bu aşamada dikkat edilmesi gereken sözleşme dışındaki kaynaklarda sadece "kanun" ile sınırlandırılmadığı, tüzük, yönetmelik ve genelgelerin de bu kapsamda değerlendirildiğidir.³⁴⁷ Özgenç/ Şahin'in görevi ihmal suçunu ele alırken kamu görevlisi olsa bile sağlık mesleği mensupları açısından "Tıbbi Deontoloji Tüzüğüne" ve kolluk kuvvetleri açısından "Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğine" öldürme ve yaralama suçları için teminat yükümlülüğü kaynağı dayanmış oldukları görülür. Buna göre, hukuk devletinde yaşayan toplumlarda genel olarak bütün toplum bireylerine yüklenen bazı görevler, kamu erki kullanılmak suretiyle, belli görevliler marifetiyle yürütülürler. Toplumdaki bütün bireyler adına yürütülen bu görevler, birer kamu görevidir; bu görevleri ifa eden kişiler kamu görevlileridir. Kamu görevinin ifası sırasında, bu görevin yerine

³⁴⁵ Sulhi DÖNMEZER 1944, age, s. 473-494.

³⁴⁶ Faruk EREM (1953), "Adam Öldürme", *AÜHFD*, C. X, S. 1, s. 33-91, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/47744/3157.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. ET. 19.09.2021

³⁴⁷ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 308.

getirilebilmesi için, bu göreve bağımlı olarak bir erk kullanılmaktadır. Bu erke, kamu gücü denir. Özgenç ve Şahin'e göre, eski TCK'nın 230. maddesindeki tanıma göre, kamu görevlisinin görevinin gereği olan belli bir icraî davranışı yerine getirmemesi başlı başına bir suç oluşturmaktadır. Görevin gereği olan bir davranışın gerçekleştirilmemesi sonucunda, bir insan ölmüş veya yaralanmış olabilir. Görevin gereğinin yerine getirilmemesinin sonucunda bir insan ölmüş veya yaralanmış ise; kamu görevlisinin görevinin gereği olan belli bir icraî davranışta bulunmak yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemesi dolayısıyla, eski TCK'nın 230. maddesinde tanımlanan suçun oluştuğunda kuşku yoktur. Eski TCK 230. maddesinde şu hükme yer vermektedir: "Hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savsama ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdikleri buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur...cezalandırılır." Ancak bu durumda aynı zamanda ihmali davranışla adam öldürme veya müessir fiil suçunun işlendiğinden söz edilebilip edilemeyeceği, bir sorun oluşturmaktadır. Suç işlenmesini önlemekle görevli olan emniyet görevlilerinin bir suç vakasıyla karşılaşmalarına rağmen suç işleyen kişilerin bu fiilini engellemek için olaya müdahale etmemeleri sonucunda bir kişinin ölmesi veya yaralanması durumunda, ihmali davranışla işlenmiş adam öldürme veya müessir fiil suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekecektir. Çünkü, kamu görevlisi olan emniyet görevlileri, aynı zamanda "Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu" hükümlerine göre "garantör"dürler (m. 1, 2 ve 4).³⁴⁸⁻³⁴⁹ Keza, kamuya ait bir sağlık kuruluşunda görev yapan tabibin durumu acil olan bir hastaya müdahale etmemesi sonucunda hastanın ölmesiyle ilgili örnekte, artık görevi ihmal suçunun varlığından söz edilemez. Bu durumda ihmali davranışla adam öldürme suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir. Çünkü, tabip, kamu görevlisi olmanın ötesinde, "Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi" hükümlerine göre, önüne gelen hastaya tedavi amacına yönelik olarak müdahalede bulunma yükümlülüğü altındadır, yani "garantör"dür.³⁵⁰ Hatta bunun oldukça öncesinde Yüce, mahkeme kararlarını da bu kaynaklar arasında sıralamaktaydı.³⁵¹ Nitekim bugün de bu anlayışın devamı

³⁴⁸ İzzet ÖZGENÇ ve Cumhuriyet ŞAHİN (2002), "Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler", *GÜHFD*, C. VI, S. 1-2, s. 189-238, https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/6_8.pdf . ET. 28.09.2021

³⁴⁹ Doğan SOYASLAN (2018), *Ceza Hukuku-Özel Hükümler*, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 153.

³⁵⁰ İzzet ÖZGENÇ ve Cumhuriyet ŞAHİN 2002, age, s. 189-238.

³⁵¹ Turhan Tufan YÜCE 1985, age, s. 210.

olarak öğretide kanun kavramının içine tüzük, yönetmekle ve genelgeyi de alacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği görüşüne rastlanmaktadır ki Soyaslan bu hususta şöyle demektedir: “Yükümlülük objektif kuralın uygulanması sonucu bir idari tasarruftan doğabileceği gibi bir mahkeme kararından da doğabilir.³⁵² Özbek ve arkadaşlarının bu konudaki görüşü ise mealen şöyledir: Hukukumuzda örf-adet kurallarının teminat yükümlülüğü şeklinde bir yükümlülük getirdiği söylenemez. Yine TCK’da “hukuki düzenleme” yerine “kanuni düzenleme” teriminin kullanılmış olması sebebiyle kanun dışında kalan tüzük, yönetmelik ve benzeri düzenlemelerin teminat yükümlülüğü biçiminde bir yükümlülük ilişkisi doğurmaya yetmeyeceği ifade edilebilir. Ancak sözleşmeler ile de bir yükümlülük ilişkisi doğduğuna göre buradaki kanun ibaresi geniş anlaşılmalı ve hukuk kuralı olarak kabul edilmelidir. Böyle olunca idarenin düzenleyici işlemleriyle de yükümlülük ilişkisinin doğabileceği anlaşılır.³⁵³ Erbaş ise bu kanaatte değildir. Şunları söylemektedir: Kanaatimizce burada yalnızca kanuna dayanan değil, düzenlemenin kanuni olması aranmaktadır. Bir düzenleme, TBMM tarafından ve Anayasa’nın belirttiği usullere göre hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuş ise kanuni sıfatını kazanır. Bu birçok maddeden oluşan bizatihi bir kanun olabileceği gibi diğer hukuki işlemlerin içerisinde bir tek madde de olabilir. Birincisine örnek olarak TCK ve ikincisine örnek olarak mülga 555 Sayılı KHK'nın kanun ile eklenen 24/A maddesi gösterilebilir. Türk hukukunda kanun, TCK'nın 83. maddesinin açık hükmü nedeniyle bir teminat yükümlülüğü kaynağıdır. Eğer TCK, açıkça belirtmeseydi de yine kanunun bu sığa haiz olduğu söylenebilirdi. Zira daha önce belirttiğimiz üzere, suç ihdas etme işlevine sahip bir hukuki işlem, bizatihi yükümlülük de öngörebilir. Ancak açıkça 83. maddede belirtmek suretiyle kanun dışındaki örneğin KHK, tüzük, yönetmelik, genelge gibi hukuki işlemler ve yargı kararları ile yükümlülük kavramının içinin doldurulması önlenmek istenmiştir.³⁵⁴

Görünüşte ihmali suçun varlığı için gerekli olan “teminat yükümlülüğü”, doktrinde “neticenin önlenmesi yükümlülüğü” şeklinde anlaşılmaktadır.³⁵⁵ Bu nedenle, “gerçek ihmali suçlar”da söz konusu olan belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü ile, “görünüşte ihmali suçlar” açısından söz konusu olan

³⁵² Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 154.

³⁵³ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 167.

³⁵⁴ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 326-338.

³⁵⁵ Age, s. 317.

“neticeyi önleme yükümlülüğü” arasında bir fark olduğu ve dolayısıyla; görevi ihmal suçunda görevin gereklerine uygun hareket etme yükümlülüğünün varlığına rağmen, “neticeyi önleme yükümlülüğü”nün olmadığı kabul edilebilmektedir.³⁵⁶ Buna göre, müdahalede bulunma imkanını kullanmak suretiyle, meydana gelen ölüm neticesine engel olabileceken müdahalede bulunmayan kimse, ancak müdahale etme hukuki yükümlülüğü altındaysa adam öldürme suçundan ötürü sorumlu tutulabilecektir.³⁵⁷ Türk öğretisinde, kanunilik ilkesine tam anlamıyla uygunluğun sağlanması bakımından, hangi hallerde neticeyi önleme yükümlülüğü nedeniyle kişinin ihmal suretiyle adam öldürme suçundan sorumlu tutulacağına kanun tarafından açıkça düzenleme altına alınmasının zorunlu olduğu da vurgulanmıştır.³⁵⁸

Erbaş’a göre, görünüşte ihmali suçların kanuni temelini ortaya konulmasında 83. maddenin formüle edilmesinde 1995 tarihli İspanya Ceza Kanunu'nun 11. maddesinin büyük ölçüde örnek alındığı söylenebilir.³⁵⁹ Esasen TCK m.83 kasten öldürme suçu bakımından ihmali hareketin varlığı için “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 gerekliliğini” aramak suretiyle Alman Ceza Kanunu §.13'teki düzenlemeye paralel bir düzenleme getirmiştir. Böylece TCK ihmal suretiyle icra suçunun ancak belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunan fail tarafından işlenebileceği hususuna açıklık getirmektedir.³⁶⁰

TCK'nın 83'üncü maddesinde kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi düzenlenmiştir. Benzeri bir hükme kasten yaralama suçuna ilişkin 88'inci maddede de rastlanmaktadır. Fiil, insanın dış dünyaya yansıyan ihmali ya da icrai bir davranışıyla gerçekleştirilir. İnsanın dış dünyada beliren iradi davranışı olarak tanımlanan fiil iki şekilde ortaya çıkabilir: Bir şeyi yapmak -örneğin, birisini dövmek- (icrai) veya yapmamak -örneğin, itfaiye erinin yangına müdahale etmemesi- (ihmali). Esasen icrai bir davranışla işlenebilen suç, ihmali bir hareketle

³⁵⁶ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN (1994), Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt. I, 11. Baskı, *Beta Yayınları*, İstanbul, No: 618.

³⁵⁷ Sulhi DÖNMEZER 1977, age, s. 17, Aktaran Emre AKBULUT 2006, age, s. 183-224.

³⁵⁸ Kayıhan İÇEL, Füsun Sokullu-Akıncı, İzzet ÖZGENÇ, Âdem SÖZÜER, Fatih Selami Mahmutoğlu ve Yener ÜNVER 2000, age, s. 63.

³⁵⁹ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 318.

³⁶⁰ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 166.

gerçekleştirildiğinde "ihmal suretiyle icra suçu" karşımıza çıkar. Nitekim TCK'nın 81'inci maddesinde yer alan kasten öldürme icrai bir suç olmakla birlikte, 83'üncü maddede yer alan koşulların varlığı halinde ihmali hareketle işlenebileceği de kabul edilmiştir. İhmal suretiyle icra suçlarında, belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunan fail, bu neticenin gerçekleşmesine kendisi neden olmasa bile, oluşumunu engellemediği için ihmali davranışla suç işlemiş kabul edilir. Örneğin, boğulmakta olan bir kimseyi kurtarmayan cankurtaran, ağır yaralı hastaya gerekli tedaviyi yapmayan doktor ya da çocuğunu aç bırakan anne gerçekleşen yaralama ya da ölüm neticesinden sorumlu olacaktır. İhmal suretiyle icra suçlarında failin neticeye engel olma yükümlülüğü altında bulunması şarttır. Yürürlükteki 5237 sayılı TCK. 83'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, ihmal suretiyle icra suçunun varlığı için üç tür yükümlülük kaynağı öngörmüştür; a) kanun, b) sözleşme ve c) öngelen tehlikeli eylem.³⁶¹

1.5.2 Kanuni Düzenlemeden Doğan Yükümlülük

1.5.2.1 Genel Mülahaza

Kişinin ihmal ettiği icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün kaynağını; 1) Kanuni düzenlemeler, 2) Sözleşmeler, oluşturabilir. Hukukumuzda örf ve âdet kurallarının böyle bir yükümlülük getirdiğini kabul mümkün görünmemektedir. Yine TCK'da "hukuki düzenleme" yerine "kanuni düzenleme" terimi kullanılmış olması karşısında kanun dışında kalan tüzük, yönetmelik ve benzeri düzenlemelerin böyle bir yükümlülük ilişkisi doğurmaya yetmeyeceği söylenmelidir. Ancak sözleşmeler ile de bir yükümlülük ilişkisi doğduğuna göre buradaki "kanun" ibaresi geniş anlaşılmalı ve "hukuk kuralı" olarak kabul edilmelidir. Böyle olunca idarenin düzenleyici işlemleriyle de yükümlülük ilişkisinin doğabileceği ifade edilmelidir. Söz konusu kanuni düzenlemeler ve sözleşme hükümleri bir tür "teminat yükümlülüğü" ilişkisi yaratmaktadır.³⁶²

Kanuni düzenlemeden kaynaklanan yükümlülükler örnek olarak, Türk Medeni Kanunu'ndaki yükümlülükler gösterilebilir. Nitekim velayet ilişkisinin bir gereği olarak anne ve babanın çocukları üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü (m.335 vd.) bulunmaktadır. Yine Polis Vazife ve Salahiyet Kanununa göre emniyet

³⁶¹ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN ve Ahmet Caner YENİDÜNYA (2009), *Türk Ceza Kanunu Şerhi-Özel Hükümler, Madde: 76-131, Cilt 3*, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 269-282.

³⁶² Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 167.

görevlilerinin de insanların can ve mal güvenliğine ilişkin gerekli tedbirleri alma yükümlülükleri vardır. Aynı şekilde bir itfaiye erinin de yangın sırasında insanların can ve mal güvenliğini tehlikeden korumak hususunda kanundan, mevzuattan kaynaklanan bir görevi mevcuttur.³⁶³

1.5.2.2 Esasları

Türk ceza hukukunda ihmal, emirler ve yasaklar olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilen ceza normlarından emirler içeren kısmının ihlali olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan ihmal, “devletin yapılmasını yasaklayıp ceza tehdidinde bağladığı eylemler” şeklinde tanımlanan suç kategorisinden farklı olarak, “devletin yapılmasını emredip yapılmamasını ceza tehdidinde bağladığı eylemler” şeklinde ifade edilebilecek suçların teşekkül etmesinin olmazsa olmaz (sine qua non) koşuludur. Kısacası yapılması gereken bir şeyin yapılmaması olan ihmal, ceza hukukunda devletin bir ceza normuyla bireylere emrettiği davranış biçiminin savsaklanması, yerine getirilmemesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.³⁶⁴

Neticeye engel olma yükümlülüğünden söz edilmesi için, kişinin neticeye engel olma olanağına sahip bulunması gerekir. Kişinin başka türlü davranabilme olanağına sahip olmadığı durumlarda, neticeye engel olmaması, onun sorumlu olması sonucunu doğurmaz. Örneğin, yükümlülüğe uygun hareket edilmiş olsa bile neticeye engel olunamayacak ise hareketsizlik yükümlülüğe aykırılık teşkil etmez.³⁶⁵

1.5.2.3 Kanuni Düzenleme Kavramı ve Kanuni Düzenlemeden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler

Bu grup altındaki yükümlülüklerin bir kısmı ve içlerinde en iyi bilineni aile bireyleri arasındaki ilişkiler olmak üzere buna benzer özellik gösteren ilişkilerden kaynaklanan yükümlülüklerdir. Öteki grubu ise devlet-yurttaş ilişkisinden doğan yükümlülük ilişkileri oluşturur ki bunlar da çok sayıda ve farklı görünümde karşımıza çıkmaktadırlar.

³⁶³ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN ve Ahmet Caner YENİDÜNYA 2009, age, s. 269-282.

³⁶⁴ Emre AKBULUT 2006, age, s. 183-224.

³⁶⁵ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 262.

1.5.2.3.1 Tabii Bağlılık, Aile ve Yakın Yaşam İlişkisi

Genel başlıklar altında sayılacak olursa; Anne-Baba ve Çocuk İlişkisi, Eş İlişkisi, Kardeşlik İlişkisi, Yakın Yaşam İlişkileri, Ev Başkanı- Akıl Hastalığı Bulunan Ev Halkı Üyesi İlişkisi şeklinde bir sıralama yapılabilir.³⁶⁶

Tipik neticenin meydana gelmesini önleme konusundaki hukuki yükümlülüğün kaynağı kanun olabilir. Herhangi bir kanun ve hatta anayasa hükmü belli kişiler bakımından belli neticeleri önlemeye yönelik hukuki yükümlülükler öngörebilir. Aile hukukuyla ilgili teminat yükümlülüğü öngören kanunların başında Medeni Kanun gelmektedir. Teminat yükümlülüğü yükümlülüğünün kaynağı olan en kuvvetli ve kabule şayan hukuki neden taraflar arasında doğal bağlılık ilişkisinin bulunmasıdır. Ancak ceza hukuku etkisi sağlamak için bu doğal bağın hukuki bir bağa dayandırılması gerekir.³⁶⁷ Örneğin, Türk Medeni Kanunu'nun 322. maddesinde ebeveynler ve çocukları arasında, 185. maddesinde eşler arasında yardım yükümlülüğü ya da Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 1. maddesinde polislerin görevlerinin tanımlanması gibi hükümler kanundan kaynaklı garantörsel yükümlülüklerdir. Yine 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun işverenin genel yükümlülüğü başlıklı 4. maddesi de kanundan kaynaklı yükümlülükler arasında önemli bir yere sahiptir.³⁶⁸

Kişinin belli bir icrai davranışta bulunmak (ve bu şekilde örneğin ölüm neticesini engellemek) hususunda kanundan kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması gereklidir. Buna göre eğer bir kanun hükmü bir kimseye aktif olarak belirli bir davranışta bulunma ödevi yüklemesine rağmen, kişi bu ödevi yerine getirmiyor ve kişinin bu ihmali sonucunda ölüm neticesi meydana geliyorsa, bu kişi ihmal suretiyle adam öldürme suçunun faili olarak 5237 s. TCK m. 83 uyarınca cezalandırılacaktır. Kimlerin bu kategori kapsamında ihmal suretiyle adam öldürme suçunun faili olabileceğinin sınırlayıcı bir şekilde belirtilebilmesi olanaklı değildir. Ancak kanundan doğan icrai davranışta bulunma yükümüne ve bu suçun muhtemel faillerine örnekler verilebilir. Anne ve baba, çocukları bakımından muhtemel ölüm neticesini önlemekle hukuken yükümlüdürler.³⁶⁹ Gerçekten de 4721 sayılı Türk

³⁶⁶ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 340-369.

³⁶⁷ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 403.

³⁶⁸ Aras TÜRDAY 2020, age, s. 115-154.

³⁶⁹ “1) Mahalli mahkemece verilen hükmün 5271 sayılı CMK'nın 35/2, 260, 6284 sayılı Kanununun 2/1-d ve 20/2 maddeleri gözetilerek Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına tebliği üzerine anılan kurum tarafından da temyiz edildiği anlaşılmakla;

Medeni Kanunu'nun 322. maddesi uyarınca “Ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve

Sanık ... (...) ... hakkında ... çocuğunu kasten öldürme suçundan açılan kamu davasında 6284 sayılı Yasanın 2/1-d ve 20/2 maddeleri uyarınca Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının bu suçun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK'nın 233 ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmesi için duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve CMK'nın mağdur ... katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı biçimde hüküm kurulması,

2)Sanık ... (...) ...'ın, çocuğunu kasten öldürme suçundan TCK'nın 82/1-d, e ve 62. maddeleri uyarınca müebbet hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin 17.09.2012 tarihli, 2011/198 esas ve 2012/118 karar sayılı hükmün sanık müdafilerinin temyizi üzerine yapılan incelenmesi sonunda Dairemizin 27.01.2014 tarihli, 2013/3474 esas ve 2014/263 karar sayılı ilamıyla “Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanık ...'nin, nişanlısı ... ile cinsel ilişkiye girmesi sonucu hamile kaldığı, hamile olduğunu ailesinden ve çevresinden gizlediği, 24.08.2008 günü gece vakti doğum sancılarının başlaması üzerine annesi...’ye tuvaletini yapamadığını, kasıklarının ağrıdığını söylediği, annesinin bu durumu babası ...’ye anlattığı, sanığın sancılarının artması nedeniyle gece yarısından sonra sanığın babası ...'nin kullandığı araçla hastaneye gitmek üzere yola çıktıkları, yolda bir süre gittikten sonra sanığın tuvaleti geldiğini söyleyerek aracı durdurup, aşağıya indiği ve yolun karşısına geçerek burada doğum yaptığı, canlı olarak doğurduğu bebeğin göbek kordonunu koparttıktan sonra olduğu yerde bırakıp tekrar araca bindiği, bir süre daha araçla gittikten sonra tekrar aracı durdurduğu ve araçtan inerek iç çamaşırı içerisinde bulunan kanlı bezi yol kenarına attığı ve tekrar araca bindiği, hastaneye gittiklerinde kendisini muayene eden doktorun sanığa hamile olup olmadığını sorduğu, sanığın hamile olmadığını, her ay adet gördüğünü söyleyip doğum yaptığını gizlediği, durumunun ağırlaşması nedeniyle il merkezinde bulunan hastaneye ambulansla sevk edildiği, burada doktorun, sanığın doğum kanalında bebeğin kordonunun sarktığını görünce, sanığa gerekli müdahaleyi yaptıktan sonra sanığa doğurduğu bebeğin nerede olduğunu sorduğu, sanığın ısrarla doğum yapmadığını söylediği, doktorun polise haber vermesi üzerine, polis sanığın ifadesine başvurduğu, sanığın polise doğurduğu bebeği köyden hastaneye geldikleri sırada yol kenarına bıraktığını söylemesi üzerine yapılan araştırma sonrasında saat 05.10 sıralarında bebeğin canlı olarak, çıplak, göbek bağı üzerinde ve yüzüstü yatar vaziyette jandarma görevlileri tarafından bulunduğu hemen hastaneye götürüldüğü sırada öldüğü, Adli Tıp Kurumu Morg İhtisas Dairesinin 21.11.2008 gün ve 2908 sayılı raporuna göre miadında gelişim gösteren bebeğin yaşama yeteneğinin bulunduğu, ilerlemiş çürüme nedeniyle bebeğin canlı doğup doğmadığının ve canlı doğduysa ölüm nedeninin tespit edilemediğinin bildirildiği; sanığın Cumhuriyet Savcılığında müdafî huzurunda alınan ifadesinde “çocuğun öleceğini biliyordum, ölmesi amacıyla almadım, çocuğun ölmesini istedim”, sanığın babası ...'ın sanık sıfatıyla müdafî huzurunda Cumhuriyet Savcılığında alınan ifadesinde “jandarma ile birlikte çocuğu bulduk, ilk bulduğumuzda sağ idi, ben hareket ettiğini gördüm”, Sulh Ceza Mahkemesinde yapılan sorgusunda “ben bebeği gördüm, bebeği gördüğümde sağ idi, kolunu kıpırdatıyordu, jandarma bebeği sararak hastaneye getirdi”, jandarma uzman çavuş ...'ın kovuşturma aşamasında mahkemede alınan ifadesinde “bebek yüzüstü yatıyordu ve kollarını kıpırdatarak irkilme hareketi yaptı, hastaneye gelirken bebek işaret parmağını sıkımişti” şeklindeki beyanları birlikte değerlendirildiğinde, canlı olarak doğan ve yaşama kabiliyeti bulunan bebeğin, sanık tarafından öleceği bilindiği halde ölüm sonucunun gerçekleşmesi amacıyla doğduğu şekilde bırakıldığı ve ölümün bebeğin sağlığı açısından oluşan olumsuz koşullar nedeniyle gerçekleştiği olayda;

Sanığın yükümlü olduğu bakım, koruma ve gözetime ilişkin icrai davranışları gerçekleştirmemesi nedeniyle, öldürme suçunu ihmalî davranışla işlediği anlaşılmakla, 5237 sayılı TCK'nın 83. maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği” gerekçesiyle bozulmasına, bozma ilamına 12.03.2014 tarihli oturumda uyulmasına ve somut olayda olası kast hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmamasına rağmen, sanık hakkında ihmalî davranışla öldürme suçundan TCK'nın 83/3 maddesi ile belirlenen temel cezadan, eylemin olası kastla işlendiği gerekçesiyle aynı Kanununun 21/2. maddesi uygulanmak suretiyle indirim yapılması,

Usule aykırı, sanık müdafileri ile şikayetçi ... vekilinin ve Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmeyle, sanık hakkında kurulan hükmün sair yönleri incelenmeksizin öncelikle bu nedenlerle tebliğnamedeki düşünce gibi BOZULMASINA, 06/03/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Y1CD, E: 2016/3338, K: 2017/655, T: 6.03.2017, kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWInEsBd88JGeW3BDxMTSLDtg~~&=0.9429771824831064>. ET. 13.11.2022

bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek...le yükümlüdürler.” Yine aynı kanunun 185. maddesinin 2. Fıkrası uyarınca “Eşler,... çocuklarının bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler.” İşte bu yükümlülük sebebiyledir ki yeni doğan çocuklarından maddi sıkıntıları sebebiyle kurtulmak isteyen anne ve baba, ona gıda vermezler ve bu sebeple çocuğun ölümüne neden olurlarsa ihmal suretiyle kasten öldürme suçunun faili olacaklardır. Çocuk da anne ve babası bakımından muhtemel ölüm neticesini önlemek hususunda hukuki bir yükümlülük altındadır. Bu yükümlülüğün kaynağı, yukarıda ifade ettiğimiz Türk Medeni Kanunu’nun 322. maddesidir. Eşler birbirlerine karşı bu suçun faili olabilirler. Zira Türk Medeni Kanunu’nun 185. maddesinin 3. fıkrası uyarınca; “Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.” Altsoy ve üstsoy ile kardeşler de birbirlerine karşı ihmal suretiyle kasten öldürme suçunu işleyebilirler. Bu sonuç, TMK m. 364’ten çıkarılabilecektir. Maddeye göre; “Herkes yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür.”³⁷⁰

1.5.2.3.2 Devlet-Yurttaş İlişkisinden Doğan Yükümlülükler

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sı, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep vs. farkı gözetmeksizin (m.10), insanı kişi olarak göz önüne almış ve kişi hayatını, sağlığını, beden bütünlüğünü, şeref ve haysiyetini (m.17) himayenin konusu yapmıştır. Anayasa, 12, 18, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 33, 42, 48, 49, 67, 74, vs. maddeleri hükmünde kişiye ait kılınan hakların ve hürriyetlerin dokunulmaz olmasını istemiştir. Anayasa, 41, 58, 59, vs. maddeleri hükmünde genel ahlakın ve aile düzeninin hukuki himayesini emretmiştir. Anayasa, geniş anlamda yürütme ile ilgili hükümlerinde (ör., m.5, 6, 8, 10, 11), kamu idaresinin, kamusal gerekler gözetilerek işletilmesinin sağlanmasını, kamu idaresinin muhtemel saldırılardan korunmasını emretmiştir. Anayasa, belli bir hüküm koymanın zorluğu karşısında, birçok hükmünde açık veya örtülü bir biçimde (ör., m.20/2, 22/2, 26/2, 33/4, vs.) toplum hayatında, mutlak ortak değer olarak, kamu düzeninin (ordine pubblico) korunmasını zorunlu görmüştür. Anayasa, 56, 58/2, 59/1, 20/2, 21, 22/2 vs. maddelerinde kamu sağlığını, kamu esenliğini, çevreyi (m. 43, 168, 169), tarihi-kültürel dokuyu (m.63) korumaktadır. Kamu hayatını vurgulayan özellik, onun ortak

³⁷⁰ Emre AKBULUT 2006, age, s. 183-224.

güvene dayanmasıdır. Güvene dayanmayan kamusal bir hayatın tasavvuru mümkün değildir. O itibarla Anayasa, açık ve örtülü olarak birçok hükmünde, kamu güvenini hukuki himayenin konusu yapmış bulunmaktadır.³⁷¹

Yükümlülük alanını oluşturan ilişkilerden bir bölümü devlet ile yurttaş arasındaki ilişkiden kaynaklanır. Tabiidir ki, devletin, toplumda dirlik, düzen ve güvenliği sağlamak ve korumak görevleri vardır. İşte bu görevler nedeniyle devlet birtakım teminat yükümlülükleri yüklenir. Devletin ceza hukukunda teminat yükümlülüğü konusu ile ilgili pozitif yükümlülükleri olarak, örneğin suç işleyenleri cezalandırmak, suç işlenmesini önlemek, kamu güvenliğini ve düzenini sağlamak, vatandaşların can ve mal güvenliğini korumak önde gelir. Devlet bu yükümlülüklerini kendi ajanları -kamu görevlileri- aracılığıyla yerine getirir.³⁷²

Devlet, asli ve sürekli nitelikteki kamu hizmetlerini karşılarken memur ve diğer kamu görevlilerinden yararlanır.³⁷³ Diğer bir anlatımla, devlet, bu yükümlülükleri için kamu görevlisi statüsü tesis eder. Bu statüye giren kişiler de bu yükümlülükleri üstlenmiş olurlar ve "kamu görevlisi" sıfatını kazanırlar. Böylece, kamu görevlileri, devletin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde vatandaşın ve bu nedenle ceza hukukunun da fail olarak muhatabı olurlar. Bu tıpkı ebeveynin bebeğin bakımını sözleşme ile bakıcıya devretmesi ve ebeveynin koruma ve gözetim yükümlülükleri bakımından bebeğin karşısındaki kişinin bakıcı olmasındaki gibidir.³⁷⁴

1.5.2.3.2.1 AİHM Kararlarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmıştır. Tam adı, “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi” şeklindedir. Sözleşme 04.11.1950 tarihinde Roma’da kabul edilmiştir. Yürürlüğe giriş tarihi 03.09.1953’tür. Türkiye Sözleşmeyi, 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Kanunun ve Sözleşmenin Resmî Gazetede yayım tarihi, 19.03.1954’tür. Sözleşmenin onay

³⁷¹ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Devrim GÜNGÖR (2007), “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, *TBB Dergisi*, S. 69, s. 21-50.

³⁷² Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 369.

³⁷³ Barış ATEŞ (2011), 5237 Sayılı (Yeni) Türk Ceza Kanunu’nda Görevi Kötüye Kullanma ve Görevi İhmal Suçları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), *Trakya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı*, Edirne, s. 1.

³⁷⁴ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 369.

belgesi 18.05.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiştir. Bu tarih Sözleşmenin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği tarih olmaktadır.³⁷⁵

AİHS, sözleşmeye taraf devletlerin amaçları ile konulan kurallar ve bu kuralların içeriği itibariyle, kişilere doğrudan haklar tanımaktadır. Sözleşmenin birinci maddesinde yer alan, taraf devletlerin “kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar” hükmü (m. 1) ile sözleşme ve ek protokolleri yorumlamaya (m. 19 vd.) yetkili organ olan AİHM kararlarının bağlayıcılığı ve uygulanması zorunluluğuna ilişkin düzenlemeler, taraf devletler için bu Sözleşme’nin bağlayıcılığını ortaya koymaktadır (m. 46).³⁷⁶ AİHS’nin iç hukuktaki etkisi konusunda, Sözleşme’ye taraf devletlerde, iki temel sistemin varlığından söz edilebilir: Düalist (ikici) ve monist (tekçi) sistem. Bunlardan düalist (ikici) sisteme göre, iç hukuk ve sözleşme birbirinden tamamen farklı ve bağımsız iki farklı hukuk sistemi olup, sözleşmenin iç hukukta doğrudan etkisi söz konusu değildir. Sözleşmenin iç hukukta etkili olabilmesi için iç hukuka aktarılması, yani bir transformasyon işlemine ihtiyaç vardır. Sözleşme’ye taraf devletlerden İngiltere, İsveç, Danimarka, İrlanda, İzlanda ve Norveç gibi ülkeler düalist sistemi kabul etmişlerdir. Monist (tekçi) sistemde ise, bir tek hukuk düzeni vardır. Ulusal hukuk ile uluslararası hukuk, bir bütünün parçasıdır. Uluslararası hukukta yaratılan bir kural, ulusal kurallar arasında doğrudan yerini alır ve uygulanır. Bu nedenle monist görüşte sözleşme iç hukukta doğrudan uygulanmakta olup, ayrıca sözleşmenin iç hukuka aktarılması işlemine gerek bulunmamaktadır. Yani bu sistemde uluslararası hukuk ile iç hukuk bir tek hukuk sistemi olduğundan, uluslararası hukukun iç hukuka aktarılması için ayrı bir işlem yapmaya gerek yoktur. Böyle olmakla beraber, monist sistemi benimseyen devletlerdeki sorun, sözleşmenin normlar kademelenmesindeki yeridir. Kimi devletler sözleşmeyi yasa, kimi yasa üstü, kimisi Anayasa düzeyinde ve nihayet kimisi de Anayasa üstü kabul etmektedir. Uluslararası sözleşmelerin Anayasamızda yer alış biçiminde genel olarak farklı bir düzenleme getirilmemekle beraber, 5170 sayılı Yasa’nın 7. maddesi ile Anayasa’nın

³⁷⁵ İZMİR BAROSU (2021), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi),

<https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/Sayfalar/merkezler/cmka/aihs.pdf>. ET. 22.10.2021

³⁷⁶ İbrahim ŞAHBAZ (2004), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, *TBB Dergisi*, S. 54, s. 178-216.

90. maddesinin son fıkrasına eklenen bir cümle ile, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak sözleşmelerin yasalara üstünlüğü açıkça kabul edilmiş oldu.³⁷⁷

AİHS gibi insan haklarının şekillendirilip temele oturtulduğu uluslararası belgelerin en önemli amacı bu hakların muhatapları tarafından en etkili bir biçimde kullanılabilir olmasını sağlamaktır. AİHS'in benzer nitelikteki insan hakları belgelerinden ayıran en önemli özelliği insan haklarını beyan etmekle kalmayıp aynı zamanda bu hakların gerçekten etkin kullanılması için devlet organlarının söz konusu hakların kapsamı çerçevesinde ne gibi sorumluluklarının olduğunun belirlenmesi hususunda AİHM aracılığıyla AİHS'in yorumlanması suretiyle içtihatlarında devletlerin yükümlülüklerinin belirlenmiş olmasıdır.³⁷⁸ Devletlerin taahhütlerinin derece ve kapsamlarını belirlemek amacıyla kontrol organları tarafından çeşitli yollar kullanılmaktadır. En ilginç şudur ki her hak üç tür yükümlülük gerektirebilmektedir: Devlet organ ve görevlilerinin kendilerinin bir ihlalde bulunmamasını gerektiren “saygı gösterme yükümlülüğü”; devletin hak sahiplerini üçüncü tarafların müdahalesine karşı korumasını ve failerin cezalandırmasını gerektiren “koruma yükümlülüğü” ve son olarak hakkın tümünden gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirlerin alınmasını gerektiren “uygulama yükümlülüğü.” Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise devletlerin yükümlülüklerini iki kategoride toplayan daha basit ikili bir yaklaşımı seçmiştir: (a) negatif yükümlülükler ve (b) pozitif yükümlülükler.³⁷⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) sağladığı temel hak koruması, bireylerin özgürlük alanlarını devletin müdahalesine karşı korumakla sınırlı değildir. Sözleşme'de yer alan hakların yalnızca savunma hakları niteliğinde olmadığı, daha geniş koruma sağlayan bir içeriğe sahip olduğu, Sözleşme'de güvence altına alınan yargısal hakların özellikleri dikkate alındığında açıkça görülmektedir. Bu haklar çerçevesinde devletten, pozitif tedbirler almak suretiyle temel hakları kullanılabilir hale getirmesi ve güvence altına alması talep edilmektedir. Yaklaşık 30 yıldan beri, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

³⁷⁷ İbrahim ŞAHBAZ 2004, age, s. 201-225.

³⁷⁸ Çiğdem ÇİMRİN (2017), “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Bakımından Devletlerin Pozitif Yükümlülüğü”, *TBB Dergisi*, 2017, S. 128, s. 9-38.

³⁷⁹ Jean-François AKANDJI-KOMBE (2008), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler/ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap. 1. Baskı, *Belçika, İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü*, Avrupa Konseyi, F-67075 Strasbourg Cedex, s. 5.

(AİHM), Sözleşme'deki temel hak güvencelerinden bir kavram olarak “pozitif yükümlülükler” (positive obligations) kavramını geliştirmişlerdir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 1. maddesindeki hakları tanıma ödevinin taraf devletlere yalnızca negatif yükümlülükler değil, aynı zamanda pozitif yükümlülükler de getirdiğini içtihadıyla ortaya koymuştur.³⁸⁰

Pozitif yükümlülükler kavramı, farklı şekillerde tanımlanmaktadır. AİHS bağlamında pozitif yükümlülükler Harris, O'Boyle ve Warbrick tarafından, sosyal gerçeklikte insan haklarının etkinliğini sağlamak, temel hakların üçüncü kişiler tarafından ihlâl edilmesini önlemek ve haklardan etkili şekilde yararlanabilmek için devlet tarafından alınması gereken önlemler şeklinde tanımlanmaktadır.³⁸¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içtihadında AİHS'nin pozitif yükümlülükler içerdiğini kabul etmekte, ancak pozitif yükümlülüğe ilişkin bir tanım vermemektedir.³⁸² AİHM özellikle pozitif yükümlülüklerinin net ve sınırlayıcı bir tanımını yapmaktan kaçınarak ama önüne gelen davada dikkate aldığı olaylar ışığında bu yükümlülüklerin kapsamına yeni unsurlar ekleyerek yorumlamasına devam etmiştir. Bu halde de hakların korunması bağlamında devletlerin yerine getirmeleri gereken şartların genişlediği gibi bir durum ortaya çıktığı söylenebilir.³⁸³ Mahkeme, “pozitif yükümlülük” kavramını tanımlamamışsa da Yargıç Martens bir karşı oy yazısında “taraf devletlerin harekete geçmesini gerektiren durumlar” şeklinde bir tanım yapmıştır. Kavram bu şekilde taraf devletlerin aktif tavır almasını gerektiren bütün durumları ifade edecek şekilde tanımlanınca, pozitif yükümlülükler, üçüncü kişilerden ya da dışarıdan gelecek tehlikelere karşı koruma tedbirleri alma, bazı olanaklar sağlama, bilgilendirme, tercüman sağlama, (tutuklu ve hükümlülere) tıbbi yardım sağlama ya da haklara yapılacak tecavüzleri önlemek için ceza

³⁸⁰ Yüksel METİN (2010), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler*, C. 7, S. 27, s. 111-132.

³⁸¹ Yüksel METİN 2010 age, s. 111-132.

³⁸² Kerstin BLAU (2005), Neuere Entwicklungen in der Schutzpflichtdogmatik des EGMR am Beispiel des Falles “Vo/Frankreich”. *ZEuS*, Heft 3, s. 400, <https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiR3Y-YiczzAhXK5KQKHUeuAtwQFnoECAgQAQ&url=http%3A%2F%2Farchiv.jura.uni-saarland.de%2Fprojekte%2FBibliothek%2Ftext.php%3Fid%3D31%26show&usg=AOvVaw3M6Ps0Vsf7Vg6b6WyjkeU>. ET. 15.10.2021

³⁸³ Çiğdem ÇİMRİN 2017, age, s. 9-38.

hükümleri koyma, meydana gelen hak tecavüzlerini etkin bir şekilde araştırma ve faileri cezalandırma gibi çok farklı şekillerde ortaya çıkabilir.³⁸⁴

Hayat hakkı ve vücut bütünlüğü ile aile hayatı ve özel hayat devletin pozitif yükümlülüklerinin gelişmesinde hiç şüphesiz özel bir alan olarak kabul edilmektedir. Akandji-Kombe mealen şöyle demektedir: Bu hakkın dokunulamaz olan üstün olma niteliği hiç şüphesiz bir sonuç olarak güç kazandırmıştır. Yaşam hakkı Sözleşme'nin belirli bir maddesine (2. madde) tabi iken vücut bütünlüğü hakkı ise bir dizi madde kapsamına girmektedir. Üçüncü madde işkence ve insanlık dışı veya onur kırıcı muamele ve cezaya karşı koruma sağlamaktadır. AİHM'nin değişmeyen içtihatlarına göre "Madde 2 § 1'in ilk cümlesi devlete sadece kasıtsız ve hukuk dışı yaşamı sonlandırma olaylarında kaçınma değil aynı zamanda yargı yetkisi dahilindekileri güvence altına almak amacıyla uygun adımlar atma görevi getirmektedir." Bu nedenle ulusal makamların "temel görevi kişiler aleyhine suç niteliğindeki eylemleri caydırmak için etkili ceza hukuku maddelerini kabul ederek yaşam hakkını güvence altına almaktır."³⁸⁵

Metin'e göre; AİHS'ndeki özgürlüklerden pozitif yükümlülüklerin türetilmesi, biçimsel ve maddi yollarla olmaktadır. AİHM biçimsel açıdan pozitif yükümlülükleri, Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. paragrafındaki "Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır" şeklindeki düzenlemeye dayanarak türetmektedir. Bu hüküm, sınırlı bir şekilde de olsa, yasa koyucuyu insan yaşamını koruma yükümlülüğü altına sokmaktadır. Ayrıca söz konusu hükmün, Sözleşme'ye hâkim temel prensiplerin düzenlendiği Sözleşme'nin başında yer alması nedeniyle, Sözleşme'deki diğer hak ve özgürlükler alanında da etkili genel bir hukuk ilkesi olarak görülmesi mümkündür. Sözleşme'den pozitif yükümlülükler türetilirken temelde üç farklı gerekçeye dayanılmaktadır... Birinci görüş, pozitif yükümlülükleri genel bir ilke olan insan onuruna dayandırmaktadır. İkinci görüş, pozitif yükümlülüklerin Sözleşme'deki haklara içkin olduğunu ve dinamik yorum yöntemiyle bu yükümlülüklerin ortaya çıkartılması gerektiğini söylemektedir. Üçüncü görüş ise, Sözleşme'nin 1. maddesiyle diğer maddeler arasında bağlantı kurmak suretiyle pozitif yükümlülükleri türetmektedir.³⁸⁶

³⁸⁴ Yüksel METİN 2010, age, s. 111-132.

³⁸⁵ Jean-François AKANDJI-KOMBE 2008, age, s. 21.

³⁸⁶ Yüksel METİN 2010, age, s. 111-132.

Günümüzde artık devletlerin bireylerin yaşamını ve sağlığını tehdit eden tehlikelerle tek başına mücadele etmesi yeterli olmamaktadır. Salgın hastalıklarla, AIDS veya sınır aşan çevre sorunlarıyla mücadele gibi konularda uluslararası iş birliğine ve uluslararası hukuk normlarına gereksinim duyulmaktadır. Bu konulara ilişkin uluslararası alandaki düzenlemelerin ve mekanizmaların zaman içinde geliştiği gözlemlenmektedir. Bu gelişme iki yönlüdür. İlk olarak, sağlığın korunması amacıyla özel düzenlemelerin yapıldığı ve uygulamaya geçirildiği görülmektedir. Dünya Sağlık Örgütü, bu amaçla kurulmuş olan ve evrensel düzeyde faaliyette bulunan uluslararası bir örgüttür. İkincisi, sınır aşan hava kirliliği, uluslararası akarsular ve sulardan yararlanma gibi, ortaya çıkan yeni sorunların, uluslararası hukukun geleneksel mekanizmaları ve kurallarıyla çözülmesidir.³⁸⁷⁻³⁸⁸ Bilindiği üzere, AİHS, esas itibariyle devletin müdahalelerine karşı bireyleri koruyan klâsik özgürlük haklarını içermektedir. Sözleşme’de yaşamın ve sağlığın korunması ile ilgili olarak ilk planda göz önünde tutulacak iki norm bulunmaktadır. Birincisi, yaşama hakkını güvence altına alan 2. madde, diğeri özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddedir. Yaşamın ve sağlığın korunması söz konusu olduğunda bu iki maddedeki özgürlük haklarının göz önünde tutulması gerekir. Bu iki temel hak, öncelikle, geleneksel temel hak anlayışına uygun olarak, devlet organlarından gelen müdahalelere ve saldırılara karşı bireyleri korumayı amaçlar. Ancak günümüzde yaşama ve sağlığa yönelik tehditlerin azımsanmayacak kısmı, devlet dışı aktörlerden veya devletin ihmalden doğmaktadır.³⁸⁹

AİHS, devletlere negatif yükümlülükler yüklemesinin yanı sıra, pozitif yükümlülükler de yüklemiştir. Bu yükümlülüklerin başında, hayat kurtarmak için önlemler alınması gelmektedir. Association X v. United Kingdom kararında AİHM, AİHS m.2’yi inceleyerek devletlerin bireylerin yaşamlarını kasten sona erdirmemesinin yanı sıra, hayatlarını kurtarmak için de gereken tüm önlemleri alması gerektiğini belirtmiştir. Diğeri bir pozitif yükümlülük, bireylerin diğeri bireyler tarafından yaşamlarını ihlal edici davranışlara maruz kalmasının devlet tarafından engellenmesidir. Devletin başka bir pozitif yükümlülüğü olarak sağlık hizmetlerinde

³⁸⁷ Age, s. 111-132.

³⁸⁸ Rudolf BERNHARDT (2006), “Schutz von Leben und Gesundheit durch europäische Grundrechte”, (*İçinde, Medizin-Recht-Geschichte: Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, Bernd-Rüdiger KERN, Elmar WADLE, Klaus-Peter SCHROEDER ve Christian KATZENMEIER, *HUMANIORA Medizin — Recht — Geschichte*. Springer, Berlin, Heidelberg, s. 703-710.

³⁸⁹ Yüksel METİN 2010, age, s. 111-132.

hatalı müdahaleler, bilgilendirme hataları, ihmal gibi durumların önüne geçilmesi ele alınabilir. Powell v. The United Kingdom kararında AİHM bu konuya açıklık getirmiş, devletin ajanlarının sağlık hizmetlerinin icrasında üzerine düşen görevleri de belirtmiştir. Devletin pozitif yükümlülükleri arasında kamu/halk sağlığının sağlanması, kamu hastanelerinde veya özel hastanelerde verilen hizmetlerde yaşama hakkının ve dolayısıyla sağlık hakkının korunmasına ilişkin devletin yasal düzenlemeler yapılması ve bu konulara ilişkin zararların giderilmesi için bağımsız yargı düzeninin sağlanması da yer alır. Bu yükümlülüklerle ilişkin AİHM'in Calvelli and Ciglio v. Italy kararı konumuz için önem taşımaktadır. Devletin pozitif yükümlülükleri arasında sağlık hizmetlerini sunulması da bulunmaktadır. Devletin bir diğer pozitif yükümlülüğü ise kan ürünlerinde dikkatli olunması, herhangi bir kusur ile bireylere zarar verilmemesidir.³⁹⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, temel hakları korumaya yönelik geleneksel normlar ile değişen dünyada devlete düşen ödevler arasında sıkı bir bağlantı bulunduğunu göstermektedir. Devletin kişilerin özel alanına müdahalesine ilişkin yasaklama, devletin temel hakları koruma yükümlülüğü ile tamamlanmaktadır. Devlet, eskiden olduğu gibi, ilk planda ve kural olarak düzenleme yapmak ve hukuka aykırı eylem ve işlemlere karşı yaptırım uygulamak suretiyle önleyici veya bastırıcı işlevini sürdürmektedir.³⁹¹

1.5.2.3.2.2 Kolluk Kuvvetlerinin ve Özel Güvenlik Güçlerinin Yükümlülüğü

Polisler 5237 s. TCK m. 83'te öngörülen suçun faili olabilirler. Zira 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 2.maddesi uyarınca polis, halkın ırz, can ve malını koruma ve kamunun istirahatini sağlamakla yükümlüdür.³⁹² Buna göre kanundan kaynaklanan bu yükümlülüğünün gereğini yerine getirmeyen polis memuru, ihmal suretiyle adam öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır. Örneğin bir futbol maçı esnasında statta güvenliği sağlamak için bulunan polis memurlarından A, maç sonrası stadın çıkış kapısında yaşanan izdihamda ezilen kişinin düşmanı B olduğunu görür ve imkânı olduğu halde bilerek müdahaleden kaçınır.³⁹³ İşte bu

³⁹⁰ Simge DEMİR-BAYRAM (2020), "İdare Hukuku Açısından Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmeti", *ÇÜHFD*, C. 5, S. 1, s. 455-492.

³⁹¹ Yüksel METİN 2010, age, s. 111-132.

³⁹² Nur CENTEL ve Hamide ZAFER (2005), Ceza Muhakemesi Hukuku, *Beta Yayınevi*, İstanbul, s. 113 vd.

³⁹³ Emre AKBULUT 2006, age, s. 183-224.

durumda A, ihmal suretiyle kasten adam öldürme suçunun failidir. Aynı yükümlülük 2803 sayılı Jandarma Teşkilâtı Kanunu uyarınca jandarmalar açısından da söz konusudur.³⁹⁴

CMK m. 164 ile 01. 06. 2005 tarih ve 25832 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Adli Kolluk Yönetmeliği'nin 3. maddesinde adli kolluk görevlileri olarak emniyet teşkilatı görevlileri (polis); jandarma görevlileri (jandarma), gümrük muhafaza memuru ve sahil güvenlik görevlileri belirlenmiştir.³⁹⁵ Polis ve jandarmanın, suçları önlemek bakımından garantörlüğü yasadan kaynaklanan garantörlüktür. Buna göre, kolluk görevlisi suçu önlemekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün kaynağı da polis bakımından PVSK m. 1 ve 2; Jandarma bakımından ise JTGHK m. 7'dir. Yine, polisin suçu önleme görevi, branşına, yeri ve zamanına bakılmaksızın; mülki sınırlar içerisinde karşılaştığı her türlü suça müdahale etmektir. (PVSK ek-4). Ayrıca polis, başkasının ırz ve canına yönelik olarak gerçekleşen ve başka türlü önleme olanağı bulunmayan bir saldırıyı savmak için silah kullanmakla da yetkilidir. (PVSK m. 16/B). Buna göre, kolluk görevlisinin, işlenmekte olan bir suçu engellememesi halinde; bundan bir ölüm neticesi meydana gelmişse ihmal suretiyle adam öldürmeden sorumlu tutulması gerekecektir.³⁹⁶ Taşkın'a göre; Yargıtay bu tip olaylarda, yanlış olarak, kolluğun garantörlüğünü kabul etmemektedir. Bu hususta, Hakeri, özel bir garantörlük hali söz konusuysa ona ilişkin özel düzenlemenin uygulanarak, ihmal gösteren kamu görevlisinin ihmal suretiyle (ölüm varsa) ölüm neticesinden sorumlu tutulması; konuyu düzenleyen özel bir kural yoksa TCK m. 257/2'deki genel hükme göre karar verilmesi gerektiği kanaatindedir.³⁹⁷

Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda, kolluk kuvvetlerinin teminat yükümlülüğünü kabul etmemiştir. Kolluk kuvvetlerinin ölümle neticelenen ihmalini, görevin gereklerini yerine getirmemek (görevi ihmal) suçunu tanzim eden TCK m.257/2 maddesi kapsamında değerlendirmiştir.³⁹⁸

³⁹⁴ Nur CENTEL ve Hamide ZAFER 2005, age, s. 113 vd.

³⁹⁵ Şaban Cankat TAŞKIN (2008), "Kasten İhmal Davranışla Adam Öldürme", *TBB Dergisi*, S. 79, s. 141-197.

³⁹⁶ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 153-154 ve 184.

³⁹⁷ Şaban Cankat TAŞKIN 2008, age, s. 141-197.

³⁹⁸ Özlem KOÇAK-SÜREN (2010), "Kasten Öldürmenin İhmal Davranışla İşlenmesi, Türk Ceza Kanunu 83. Madde", *TBB Dergisi*, S. 90, s. 248-294.

1.5.2.3.2.3 Ceza İnfaz Kurumlarında Yükümlülük

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun çerçevesinde hükümlüler hangi nedenle olursa olsun yemeyi içmeyi reddediyorsa zorlanamayacaklardır. Ancak hayatları için tehlike doğduğu, bilinçlerinin bozulduğu, cezaevi hekimlerince tespit olunanlara rızaları olmasa da müdahale edilecek ölümleri engellenecektir (m.82/2). Tedaviyi reddedenler için keza hayati tehlike var ise durum cezaevi hekimince belirlenecek ve müdahale olunacaktır (m.82/3). Hükümlünün rızasının önemi yoktur.³⁹⁹

İlgili kamu görevlilerinin tutuklu, hükümlü veya asker kişi bakımından kanun gereği olarak koruma ve gözetim (teminat) yükümlülüğü bulunmaktadır. Kişinin intihar girişimine muttali olunmasına rağmen, bu koruma ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen, yani intihar girişimini önlemeyen teminat yükümlüsünün, yukarıda açıklandığı üzere, bir başkasının intiharına ihmali davranışla yardım etmekten dolayı TCK, m.84 hükümlerine istinaden cezalandırılması gerekir. Buna karşılık, koruma ve gözetim yükümlülüğünün gereklerinin yerine getirilmesinin ihmal edilmesinden yararlanılarak intihara teşebbüs edileceğinin öngörülmemesi durumunda, intihara teşebbüs veya intihar bakımından teminat yükümlüsünün ancak taksirinden söz edilebilir. Ancak, teminat yükümlüsünün bu ihmalden yararlanılarak intihara teşebbüs edilmesi veya intihar edilmesi halinde, teminat yükümlüsünün taksirle yaralamaya veya ölüme sebebiyet verme suçlarından dolayı sorumluluk cihetine gidilemez. Zira, kanuni tanımları itibarıyla söz konusu suçlara ilişkin hükümler intihar bağlamında uygulama kabiliyeti bulamaz.⁴⁰⁰

Yurtlu'ya göre; salıverilmesi gereken bir tutuklunun salınmaması olayında, görevlilerin ceza hukuku bakımından sorumluluğu cihetine gidilmesi gerekir. Bu sorumluluk, somut olayın özelliklerine göre taksir ya da olası kast bağlamında tartışılmalıdır. Görevlerinin gereklerine aykırı davranması sebebiyle kişinin birkaç gün daha özgürlüğünden yoksun kalmasına neden olan kamu görevlileri, garantör konumunda olduklarından “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” suçundan sorumluluk gündeme gelecektir. Ancak 5237 sayılı TCK'da Alman Ceza Kanunu'ndaki gibi genel hükümler kısmında ihmali suçlara ilişkin bir düzenleme bulunmadığı için ilgililerin bu suçtan dolayı cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Böylesi bir

³⁹⁹ Doğan SOYASLAN (2009), “Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu”, *Sağlık Hukuku Digestası*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, s. 119-137.

⁴⁰⁰ İzzet ÖZGENÇ 2021a, age, s. 303-378.

durumda cezaevi görevlilerinin sadece TCK m.257/2 kapsamında “görevi kötüye kullanma” suçundan sorumluluğuna gidilebilmesi olasıdır.⁴⁰¹

1.5.2.3.2.4 Sağlık Mesleklerinde Yükümlülük

Doktorlar, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun hükümleri uyarınca görevleri dahilindeki muhtemel ölüm neticelerini engelleme yükümü altındadırlar. Aynı yükümlülük, acele hallerde (kanundan doğan bir yükümlülük olarak) özel hastanelerde görevli olan doktorlar bakımından da geçerlidir. Çünkü 24.05.1933 gün ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 32. maddesinin 2. cümlesi uyarınca; “Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir.” Örneğin bir trafik kazası sonrasında ağır yaralı olarak bir özel hastaneye getirilen B'nin hiçbir gelirin ve sosyal güvencesinin olmadığına anlaşılması üzerine, hastanede nöbetçi doktor olan A muhtemel ölüm neticesini umursamayarak B'ye müdahaleden kaçınsa, ihmal suretiyle olası kasıtlı adam öldürme suçunu işlemiş olacaktır.⁴⁰²

Hekimlerin garantörlüğü bakımından ele alınırsa, kanımca, TMK m.23 hükmü hiç kimsenin kısmen de olsa özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini buyurucu bir şekilde belirtmektedir. Taşkın'a göre; açlık grevine girerek ölümü seçen kimseye, tıbbi müdahale yönünde bir rızası olmasa da devletin müdahale etmesi, AY m. 12/1, AY m. 17; TMK m. 23/2 ve TMK m. 24 gereğince bir zorunluluk olarak kabul edilmeli ve bu haldeki birine kasten yardım etmeyen hekimin şayet o kimse ölmüşse ihmal suretiyle adam öldürme nedeniyle sorumluluğu kabul edilmelidir.⁴⁰³

Eski TCK zamanında, bugünkü m.83 benzeri bir düzenleme bulunmadığı için tabipler, kastlarının olup olmamasına bakılmaksızın ihmali davranışlarından kaynaklanan bütün ölüm neticelerinden dolayı taksirle adam öldürme suçundan (eski TCK m.455, şimdiki TCK m.85) veya görevi ihmal suçundan bahisle tecziye edilmekteydi. Öğretide bazı yazarlar, acil bir hasta için çağrılan tabibin, tıbbi yardımı reddetmesi ve hastaya gitmemesi durumundaki kusuru hususunda taksirinden ötürü sorumlu tutulmasını iddia etmişlerdir.⁴⁰⁴ Oysa, her ne kadar belli durumlarda

⁴⁰¹ FATİH YURTLU 2021, age, s. 579-636.

⁴⁰² Emre AKBULUT 2006, age, s. 183-224.

⁴⁰³ Şaban Cankat TAŞKIN 2008, age, s. 141-197.

⁴⁰⁴ Özlem KOÇAK-SÜREN 2010, age, s. 248-294.

hekimin hastayı reddetme hakkı var olsa da Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 18. maddesi⁴⁰⁵ gereğince acil yardım ve insani vazifenin söz konusu olduğu hallerde bu hak ortadan kalkar. Bu itibarla, acil yardım ya da insani vazifenin gerekli kıldığı durumlarda hekimin göreve gitmesi ve hastayı tıbbi yardımdan yoksun bırakmaması icap eder.

İhmali hareket, icrai hareket gibi somut bir hareket olmadığı için bu suçlarda kastın varlığının kanıtlanması oldukça güçtür. Nitekim bu konuda Türk içtihatları incelediğinde, açık biçimde görülmektedir ki hâkimler çoğu zaman ihmali hareketli suçlarda sanıkları, kastın varlığı hiçbir şüpheye yer vermeksizin kanıtlanamadığı için taksirlerinden türü cezalandırmıştır.⁴⁰⁶ Hakeri, icrai hareketi; mealen “neticenin meydana gelmesini önlemek yerine neticenin meydana gelmesini sağlamak bir icra hareketidir”, şeklinde ifade etmektedir. Tam beyanı şudur: “Bir hareketin yasaklanması kişiyi onu ihmal etmekle yükümlü kılmakta, belli bir hareketi ihmal etme yasağı ise kişiyi onu yapmakla yükümlü kılmaktadır.”⁴⁰⁷

Bir sağlık kuruluşunda görev yapan tabibin, durumu acil olan bir hastaya müdahale etmemesi sonucunda hastanın ölmesi hâlinde; ihmali davranışla öldürme suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir. Ancak, ihmali davranışla öldürme suçu, kasten işlenebileceği gibi taksirle de işlenebilir. Belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğün gereği olan icraî davranışta bulunmaması sonucunda bir insanın ölebileceğini öngörmüş ise, olası kastla işlenmiş olan öldürme suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Buna karşılık, belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğe aykırı davrandığının bilincinde olduğu hâlde, bunun sonucunda bir insanın ölebileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş ise; taksirle işlenmiş öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulmak gerekir.⁴⁰⁸ Olası kast, failin tipikliğin maddi unsurlarının tamamını bilmesine ve neticeyi muhtemel görmesine rağmen fiili gerçekleştirilmesi durumudur. Fail, neticenin gerçekleşmesini

⁴⁰⁵ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2022), “Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi”, “Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir”, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf>. ET. 20.11.2022

⁴⁰⁶ Özlem KOÇAK-SÜREN 2010, age, s. 248-294.

⁴⁰⁷ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 256.

⁴⁰⁸ Âdem SÖZÜER (2015), Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi*, s. 17, <https://cdn.istanbul.edu.tr/statics/cezahukuku-hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2015/01/Uygulama-Rehberi-2015.pdf>. (ET. 20.11.2022)

bir olasılık olarak görmekte ve bunu kabullenerek fiili gerçekleştirmektedir. Olası kasttan bahsedebilmek için failin fiilinin neticeyi meydana getirmesinin muhtemel olması ve failin bu olasılığı göze alarak neticeyi kabullenmesi gerekir.⁴⁰⁹

Kanaatimce, tabibin kast ile ya da en azından olası kast ile ihmali davranış göstermesi neticesinde hasta vefat etmiş veya yaralanmış ise ve tabibin bu ihmali davranışı icrai davranışa eşdeğer kabul edildiği takdirde, tabibin ihmali davranışla kasten öldürme veyahut kasten yaralama suçundan sorumluluğu cihetine gidilebilecektir. Dolayısıyla, ifade etmeliyiz ki bu gibi durumlarda, TCK m.83 ve TCK m.88 uygulama alanı bulabilecektir.

1.5.2.3.2.5 Diğerleri

Bu sayılanlara ek olarak, 5237 s. TCK m. 176'dan hareketle “inşaat alanlarının güvenlik altına alınmamasından doğan sorumluluk”, 5237 s. TCK m.179/f. 2'den ve Karayolları Trafik Kanunu'ndan hareketle “araç sürücüsünün ve araç işletenin sorumluluğu,” TMK m.730'dan hareketle “taşınmaz malikinin sorumluluğu” da ölüm neticesini önleme konusunda kanundan kaynaklanan yükümlülükler örnek olarak gösterilebilir.⁴¹⁰

Ev sahibinin, evin önündeki buzlanma tehlikesine karşı önlem alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Evinin önünden geçen kimselerin kafasına bir şey düşmemesinden de ev sahibinin sorumluluğu vardır. Yargıtay da apartman ortak kullanım alanlarının, sağlıklı düzenli ve güvenli yaşamaya uyum şekilde düzenlenmesi, onarımı ve bakımı konusunda kat maliklerinin oluşturduğu yönetimin sorumlu olduğuna karar vermiştir. TCK m. 176'da “inşaat alanlarının güvenlik altına alınmamasından doğan sorumluluk” şöyle düzenlenmiştir: “İnşaat veya yıkım faaliyeti sırasında, insan hayatı veya beden bütünlüğü açısından gerekli olan tedbirleri almayan kişi... cezalandırılır.” Buna göre, inşaat alanları kapatılmalı ve bu alanlara kişilere yönelik uyarı levhaları (gerektiğinde ışıklı uyarı) konmalıdır.⁴¹¹

Kanundan kaynaklanan bir icrai davranışta bulunma ödevinin yerine getirilmemesi sebebiyle 5237 s. TCK'nın 83. maddesindeki suçun oluşumuna sebebiyet veren haller burada belirtilenlerle sınırlı değildir. Herhangi bir yasa

⁴⁰⁹ Mustafa AVCI ve Erdal YERDELEN (2015), “Karar İncelemesi – Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayrımı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX (1), s. 163-190.

⁴¹⁰ Emre AKBULUT 2006, age, s. 183-224.

⁴¹¹ Şaban Cankat TAŞKIN 2008, age, s. 141-197.

hükmünce bir kimseye yöneltilen herhangi bir davranış emri yerine getirilmiyor ve bunun sonucu olarak bir kimse ölüyorsa, bu emri savsaklayan kişi ihmâl suretiyle adam öldürme suçunun faili addedilecektir.⁴¹²

1.5.2.4 Ara Değerlendirme

Güncel 5237 sayılı TCK'ya göre; teminat yükümlülüğü, kanundan, sözleşmeden veya öngelen tehlikeli eylemden doğabilir. Teminat yükümlülüğünün kaynakları noktasında, TCK, klasik yaklaşımı benimsemiştir. Nitekim, TCK m.83'e göre, kişinin ihmâlinin icrai davranışa eşdeğer kabul edilebilmesi için muhakkak surette kanundan, sözleşmeden ya da öngelen tehlikeli bir eylemden doğan bir yükümlülüğü bulunmalıdır. Dolayısıyla, TCK'da teminat yükümlülüğünün kaynaklarından ilki "kanun" olarak düzenlenmiştir. Kanun tarafından bir kimseye, belirli olaylar bakımından istenmeyen kötü neticenin engellenmesine yönelik olarak harekete geçme yükümlülüğü getirilmişse ilgili kimse artık teminat yükümlüsüdür. Kanaatimce, teminat yükümlülüğünün ilk kaynağı olarak gösterilen "kanun" ibaresinden salt şekli anlamda kanun değil, geniş anlamda "kanuni düzenlemeler" daha da açık olarak "mevzuat" anlaşılmalıdır.

Türk hukukunda kanuni düzenlemeler neticesinde ortaya çıkmış olan çok sayıda "teminat yükümlülüğü" durumu söz konusudur. Bunlardan tez konumuzla ilgili olarak addettiğimiz hususlar esas itibariyle yukarıda ele alındı. Görüleceği üzere, teminat yükümlülüğü getiren kanuni düzenlemeler çok çeşitlidir. Türk Medeni Kanunu bunların başında gelmektedir. Ötekiler arasında ilk sıralarda 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilâtı Kanunu ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu yer almaktadır. Yine teminat yükümlülüğü getiren mevzuat arasında Tıbbi Deontoloji Nizamnamesini de saymak gerekir. Hasta Hakları Yönetmeliği'ni de bu arada zikretmemiz icap eder. Mevzuatımızda, teminat yükümlülüğünün kaynakları olarak kanunlar bulunduğu gibi kanun haricindeki çeşitli kanuni düzenlemeler de yer almaktadır.

⁴¹² Emre AKBULUT 2006, age, s. 183-224.

1.5.3 Sözleşmeden Doğan Yükümlülük

1.5.3.1 Genel Mülahaza ve Esaslar

Sözleşme hükümleri bir yükümlülük ilişkisi doğurabilir. Ancak bugün böyle bir yükümlülüğün ancak fiilen üstlenme ile oluşacağı kabul edilmektedir. Bu anlamda taraflar arasında bir sözleşme yapılmalı, bu sözleşme imzalanmalı ve taahhüt edilen yer ve zamanda görev fiilen yapılmaya başlanmalıdır. Bu nedenle fiili bir başlama söz konusu olmadığı sürece sözleşmenin bir yükümlülük ilişkisi doğurmayacağı söylenebilir. Ancak her durumda bir sözleşme yapılması şart olmamalıdır. Örneğin cankurtaran, rehber, bakıcı, hekim ya da hemşire gibi bazı meslek ve hallerde gönüllü üstlenme de yükümlülük ilişkisi doğurabilir.⁴¹³

Tabiplerin kanundan kaynaklanan yükümlülüklerinin dışında kalan hallerde hastaları ile ilgilenmemeleri ve ölüm neticesine sebebiyet vermeleri halinde, 5237 s. TCK m. 83'ten sorumluluklarını gerektiren sebep, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri olacaktır.⁴¹⁴ Doktor olarak hastasını muayene eden kişi ile nöbetçi doktor olarak diğer doktorlara vekâlet eden kişi garantördür. Bu itibarla "müteveffayı muayene eden bevlîye uzmanı nöbetçi tabip sanığın, hastadaki kan basıncının 12 olduğunu saptamasına rağmen, "iş ve gücüne engel olmaz ve 15 günde iyileşir" yolunda kesin rapor vererek hastaya gereken ilgiyi göstermediği" olayda Yargıtay tarafından verilen "görevi ihmal suçunun" işlendiğine ilişkin karar doğru değildir. Hekim garantör olmakla, bu ve benzeri olaylarda genel nitelikli TCK m.230 değil ihmal suretiyle taksirle adam öldürme hükümlerinin uygulanması gerektiği kanısındayız. Doktorlar bir olayı üstlenmekle garantör olur. Aynı şekilde aniden hastalanan komşusunu doktora götüren kimse de kendisinin hazır bulunması dolayısıyla diğer etkili ulaşım olanakları kullanılmıyorsa, üstlenme dolayısıyla garantördür. Belirli kimselerin doktorluğunu üstlenen de o kimseler bakımından garantör olur. Örneğin, askeri doktorlar, söz gelimi bir bölükte görevliyseler, bölükteki askerler karşısında garantördürler. Bu suretle doktor, hastanın hastalığının teşhisini üstlendikten sonra, bu hususta acil ve güvenilir tedbirleri almak, görevli olması halinde geceleyin hasta ziyareti yapmak durumundadır. Hekime sadece danışma halinde ise teminat yükümlülüğü doğmaz. Hastanın hastaneye yatırılmasından sonra, ilgili klinik doktoru onun hayatı bakımından garantör sayılır.

⁴¹³ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 167.

⁴¹⁴ Hakan HAKERİ (2005), *Sorularla Ceza Hukuku*, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, s.157.

Aynı şekilde daha genç doktorlara danışmanlık yapan hizmette süresi daha uzun olan klinik doktoru da bizzat tedaviyi üstlenmiş olmasa bile garantördür.⁴¹⁵

1.5.3.2 Sözleşme Hürriyeti, Yükümlülük Doğuran Sözleşme Kavramı ve Sözleşmeden Doğan Yükümlülükler

Sözleşme, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde tanımlanmıştır: “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir”. Dolayısıyla en az iki kişinin, karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak irade açıklamasıyla “sözleşmenin konusuyla sınırlı olmak üzere” taraflar arasında bir güven ilişkisi kurulur. Böylece, sözleşme konusuyla bağlantılı olarak tarafların teminat yükümlülüğü doğabilir.⁴¹⁶ Öğretide, sözleşmeden kaynaklanan teminat yükümlülüğü için TBK anlamında bir sözleşmeden daha çok, gönüllü bir üstlenme veya bir söz verme, yardıma ihtiyacı olan kişide kendisine yardım edileceği hissini uyandırılması, yeterli görülmektedir. Teminat yükümlülüğünün doğması için, üstlenmenin yazılı olup olmaması veya ücret talebinin bulunup bulunmaması önem arz etmez. Söz ile veya davranış ile üstlenmiş olma hali yükümlülük için yeterlidir. Burada esas olan şey bir “güven ilişkisinin” kurulup kurulmadığı konusudur.⁴¹⁷

Elbette ki bir sözleşme, taraflara sınırsız bir “koruma ve gözetim yükümlülüğü” getirmez. Tarafların garantörlüğü; sözleşmenin türü, konusu ve somut olay özeliyle sınırlıdır. Örneğin; özel güvenlik görevlisi olarak çalışan kişinin garantörlüğü, sözleşme konusu işle sınırlıdır. Bu bakımdan kural olarak, güvenlik görevlisinin mesai saatleri dışında gerçekleşen bir olay bakımından veya iş yerindeki su/elektrik tesisatının işlerliği bakımından garantörlüğünden bahsedilemez.⁴¹⁸

Sözleşmeden doğan teminat yükümlülüğü, çalışma konusu suçla alakalı olarak, umumiyetle belli bir hizmetin görülmesine ilişkin olarak doğar. Koruma ve gözetim yükümlülüğünü iradi olarak, bir hizmet akdi ile yüklenen kişilere örnek olarak; dağcılık rehberi, yüzme öğretmeni, cankurtaran, sürücü kursu öğretmeni, çocuk bakıcısı, özel hemşire, koruma ve antrenör gösterilebilir.⁴¹⁹

⁴¹⁵ Hakan HAKERİ 2003, age, s. 153-154.

⁴¹⁶ FATİH YURTLU 2021, age, s. 579-636.

⁴¹⁷ Özlem KOÇAK-SÜREN 2010, age, s. 248-294.

⁴¹⁸ FATİH YURTLU 2021, age, s. 579-636.

⁴¹⁹ Özlem KOÇAK-SÜREN 2010, age, s. 248-294.

1.5.4 Öngelen Tehlikeli Davranıştan Doğan Yükümlülük

1.5.4.1 Genel Mülahaza ve Esaslar

Davranışı ile bir zarar doğma tehlikesine neden olan kişinin zararın meydana gelmesini önleme yükümlülüğü bulunur. Failin önceki hareketi bir yükümlülük ilişkisi yaratır. Bu konuda bir Yargıtay kararı şöyle demektedir: “... Her ne kadar somut olayda sanık hakkında yapılan yargılama sonunda sanığın bilinçli taksirle öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmiş ise de; sanık beyanlarına göre kazanın akşam saat 20.30-21.00 arasında meydana geldiği, ölenin ise ertesi gün sabah saat 07.00 sıralarında olay yerinde ölü olarak bulunduğu, akabinde saat 08.50’de hastaneye getirilerek ölü muayene işlemine başlanıp, saat 10.15’te düzenlenen ölü muayene tutanağında, ölümün ölü muayenesinin yapıldığı saatten 5 ila 7 saat önceki bir saat diliminde gerçekleştiğinin belirtildiği, sanığın soruşturma aşamasında alınan ilk beyanları ve aracındaki tanıkların yine soruşturma aşamasında alınan ilk beyanları ile sabit olduğu üzere çarpma sonrası olay yerinde durmadan ayrıldığı, olay yerinin meskun mahal dışı olması, krokilere göre etrafında ekili tarlalar ile benzin istasyonlarının bulunması, olay saati gece olup olay yerinde aydınlatmanın bulunmaması hususları hep birlikte değerlendirildiğinde, sanığın bir şahsa çarptığını bildiği, olay yerinde durup çarptığı kişiyi kontrol edip sağlık görevlilerini olay yerine çağırması ve kolluk görevlilerine haber vermesi durumunda ölenin hayatını kurtarma olanağı bulunmasına rağmen, olay yerinden hiç durmadan ayrıldığı, önceden gerçekleştirdiği bu davranışın başkasının hayatı için bir tehlike oluşturduğu ve bu fiilden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü doğduğu halde, hareketsiz kalıp kimseye haber vermeyerek olay yerinden ayrılıp, bu imkanı kullanmadığı anlaşılmakla, ölüm saatinin net olarak belirlenmesi bakımından Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu’ndan rapor alınması suretiyle sanığın eyleminin TCK’nın 83. maddesinde belirtilen suç oluşturup oluşturmadığının belirlenmesinde zorunluluk bulunması sebebiyle ...” (Yargıtay 12. CD., 21.12.2017, 2016/3435, 2017, 10707, www.kazanci.com.tr)⁴²⁰

Kişinin önceden gerçekleştirdiği davranışının zararlı sonuçlarını gidermemesi sebebiyle meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulacağı hallere şu örnekler verilebilir: * Polis memuru P silahını temizlerken silahı ateş alır ve silahtan çıkan kurşun arkadaşı A’ya isabet eder. P, zaten borçlu olduğu ve kendisini bu yüzden

⁴²⁰ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 167-168.

sürekli sıkıştırmakta olan A'ya yardım etmez ve A ölür. Bu durumda, önceki tehlikeli davranışından doğan zararlı durumu bilerek ortadan kaldırmayan P taksirle değil, ihmal suretiyle kasten adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulacaktır. ** Bir siyasi partinin fanatik taraftarı olan B, otomobiliyle çarptığı kimsenin rakip partinin önde gelen yöneticilerinden biri olduğunu anlar ve onun ölebilecek durumda olmasını umursamaz. Bu durumda B, ihmal suretiyle olası kastla adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulacaktır. *** Tatil için gittiği otelde kendisiyle sürekli alay eden arkadaşı B'yi gece vakti havuzun kenarında dolaşırken gören A, ona bir ders vermek ister ve ıslanması amacıyla arkasından yavaşça yaklaşarak B'yi havuza iter. Daha sonra B'nin yüzme bilmediğinin farkına varan A, onu kurtarıp kurtarmamakta tereddüt eder ve B'nin kendisiyle sürekli alay ettiğini anımsayarak onu kurtarmaktan vazgeçer. Bu durumda A ihmal suretiyle B'yi kasten öldürmekten sorumludur.⁴²¹

Hakeri bu konuda şöyle demektedir: “...öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan teminat yükümlülüğü, özellikle trafik kazası sonucu bir kimseye çarpan sürücülerin, mağdurun ölümü halinde normalde taksirle öldürmeden sorumlu olacakken, kasten adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulmalarına neden olabilir.⁴²² Gerçekten de öngelen tehlikeli eylemin taksirli olduğu hallerde, bunu takip eden

⁴²¹ Emre AKBULUT 2006, age, s. 183-224.

⁴²² “Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanık, maktule yönelik eyleminin sübutu kabul, cezayı azaltıcı bir sebep bulunmadığı takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümden bozma nedenleri dışında bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık müdafinin teşdide, takdiri indirim uygulanması gerektiğine yönelen ve yerinde görülmemeyen temyiz itirazlarının reddine, Ancak;

1-) Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanığın sevk ve idaresindeki araçla hızlı bir şekilde kavşağa girip yolun sağ tarafında dönmek istediği sırada yaya geçidinden geçmekte olan maktule çarpıp kaçtığı olayda; TCK'nın 83/2-c hükmü de nazara alınarak dava dosyasının Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine gönderilerek, otopsi raporundaki bulgular ve maktulün ölüm nedenine göre, sanığın çarptığı, olaydan sonra en yakın sağlık kuruluşuna götürülerek tedavisinin yapılması veya sanık tarafından sağlık görevlilerine haber verilmesi durumunda da ölüm sonucunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin tespiti ile sonucuna göre, sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinin düşünülmemesi, 2-) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesi son fıkrası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-c maddesi uyarınca, 5271 sayılı CMK'nın 150, 234 ve 239. maddeleri ile 5320 sayılı Kanunun 13. maddesine dayanılarak hazırlanan Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin 8. maddesi gereğince, sanık için baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafî ücretinin sanıktan alınmasına hükmedilemeyeceği, bu ücretlerin Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla ayrılan ödenekten karşılanacağı gözetilmeksizin, yazılı şekilde zorunlu müdafî ücretinin sanıktan tahsiline karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş olup, sanık müdafinin, katılan vekilinin ve Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmemiş olduğundan, hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak BOZULMASINA, 09.03.2016 gününde oybirliği ile karar verildi.” Y1CD, E: 2015/5441, K: 2016/1144, T: 9.03.2016, kazancihukuk.com <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWInEsBd88JGeWLBiEZBuAGUw~~&=0.748600204764519>. ET. 13.11.2022)

neticeyi önlememe hareketinin kasti olması durumunda, öngelen eylemden doğan garantörlüğün büyük bir pratik önemi söz konusu olmaktadır...⁴²³

Kısaca, öngelen eylemin özen yükümlülüğüne aykırı sayılması ve failin TCK m.83 dahilinde cezalandırılabilmesi için; Öncelikle, evvelden gerçekleştirilen tehlikeli hareket, zararın meydana gelmesi açısından yakın bir tehlike unsuru olmalıdır. İkinci olarak, bu hareket ile önlenecek netice arasında yükümlülüğe aykırılık ilişkisi bulunmalıdır. Son olarak, bu yükümlülüğe aykırılık ile hukuki yararın korunmasına hizmet eden normun bizzat ihlali söz konusu olmalıdır.⁴²⁴

1.5.4.2 Sınırları

Özbek ve arkadaşlarına göre, böyle bir yükümlülük ilişkisinin daha baştan varlığını kabul etmek bir varsayıma dayandığı için ceza hukukunun bazı ilkeleri ile bağdaşmaz. Kaldı ki böyle bir yükümlülük ilişkisinin varlığı her durumda failin neticeden sorumlu olmasını da gerektirmez. Aslında burada ifade edilmek istenen husus önceki hareket ile meydana gelen netice arasında nedensellik ya da isnadiyet ilişkisi ortadan kaldırılmadığı sürece ilk hareketi yapan kişinin neticeden sorumlu tutulacağıdır.⁴²⁵

1.5.4.3 Ara Değerlendirme

Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” başlığını taşıyan 5237 sayılı TCK m.83, öğretici tarafından başlıca şu eleştirilere maruz kalmıştır (5237 s. TCK’nın 83. maddesi Adalet Alt Komisyonu Tasarısı’nda 86. maddede yer almaktaydı):⁴²⁶⁻⁴²⁷⁻⁴²⁸

1) “Tasarı m. 86: İhmali davranıştan dolayı sorumluluk için bir yandan ihmali ve icrai davranışın eşdeğer olması aranmakta, öte yandan ihmali davranışla adam öldürme halinde ceza azaltılmaktadır. Bu bir çelişkidir.”

⁴²³ Hakan HAKERİ (2007), *Kasten Öldürme Suçları/TCK 81-82-83*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 127.

⁴²⁴ Özlem KOÇAK-SÜREN 2010, age, s. 248-294.

⁴²⁵ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAĞIZ 2019, age, s. 168.

⁴²⁶ Bahri ÖZTÜRK (2004), “Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi ve İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Grubu Toplantı Notları”, *İçinde, (TBB)-TCK Reformu*, s. 324, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck_reformu2.pdf. ET. 01.01.2023, *Aktaran Emre AKBULUT* 2006, age, s. 183-224.

⁴²⁷ Fatih Selami MAHMUTOĞLU (2004), “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen TCK Tasarısı Hakkında Görüş”, *İçinde, (TBB)-TCK Reformu*, s. 370-371, *Aktaran Emre AKBULUT* 2006, age, s. 183-224.

⁴²⁸ Emre AKBULUT 2006, age, s. 183-224.

2) “Tasarı m.86, teoride ifadesini bulan ihmal suretiyle icra suçlarını düzenlemektedir. Ancak bu durum sadece adam öldürme suçları bakımından öngörülmüş ve oldukça karışık ve bulanık ifadelerle yazılmıştır. Başka suçlar için öngörülmemiş olması ve ifade tarzıyla uygulamalarda sorunlar çıkartabilecek şekildedir.”

3) “Madde 86: Seksen yıldan bu yana Türk Hukuku uygulamasında Yargıtay’ın ve doktrinin çözümlendiği bir sorun, anlaşılmaz bir Türkçe ile bu madde içerisinde yer almıştır. Artık, Türk Hukuk dünyasının bildiği apaçık bir gerçek, yeniden anlaşılmaz bir içerikle sunulmaktadır. Madde tamamen kaldırılmalıdır.”

4) “Tasarının kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi başlığını taşıyan 86. maddesini anlayabilmek mümkün değildir...Hukukçular tarafından dahi anlaşılamayan bu düzenleme kanunilik ilkesine uygun değildir. Bu düzenleme Almancaya çevrilerek bir Alman hukukçuya sorulması halinde, alınacak yanıt son derece olumlu olabilir, ancak söz konusu tasarı Almanlar için değil Türk halkı için yapıldığına göre, her vatandaşın anlayabileceği tarzda kaleme alınması gerekir. Kanunilik ilkesi bunu gerektirir.”

5) “Madde 83: Öldürme suçu bakımından ihmali hareketin açıkça düzenlenmiş olması yerindedir. Ancak ihmali hareketler bütün suç tipleri bakımından gündeme gelebileceğinden, bu hususun genel hükümler bölümünde düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.”

TCK’nın 83. maddesinde “klasik yaklaşımın” benimsenmesinin gerekçesini ise şurada aramak gerekir: mülga 765 sayılı TCK’da ihmali suçlara ilişkin ne genel ne de özel kısımda herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen ihmali davranışla gerçekleştirilen öldürme ve yaralama gibi fiiller cezalandırılmaktaydı. Bu bakımdan, ihmali suçlara ilişkin herhangi bir kanuni düzenlemesi, oturmuş bir uygulaması ve teorisi olmayan Türk hukukunda, TCK 83. maddeyle önemli bir başlangıç yapılmıştır. Hatta ihmali suçlara ilişkin düzenlemenin kanunun genel hükümler kısmında değil az sayıdaki suç tipleri bakımından yapılmasının temel gerekçesini de burada aramak gerekir. Kısacası 5237 sayılı TCK, ihmali suçların uygulama alanını ilk etapta olabildiğince daraltıp, uygulama ve teoriye yön vermek amacıyla “klasik yaklaşımı” benimsemiş görünmektedir. Böylece, uygulama ve teoride ihmali suçlara

ilişkin tartışmaların önünün açılması, bununla beraber ihmali sorumluluk alanının en azından şimdilik kontrol altında tutulması için daraltılması amaçlanmıştır.⁴²⁹



⁴²⁹ Fatih YURTLU 2021, age, s. 579-636.

BÖLÜM II

TIBBİ MÜDAHALE VE HEKİMİN TEMİNAT YÜKÜMLÜSÜ OLARAK SORUMLULUĞU

2.1 TANIMLAR VE KAVRAMLAR

Bu bölümde, konumuz ile ilgili belli başlı tanımlar ve kavramlara ayrı ayrı başlıklar altında yer verilecek ve bahsi geçen kavramların farklı yazarlar tarafından yapılmış tanımlarına yer vermek suretiyle bu mefhumlar aydınlığa kavuşturulacaktır.

2.1.1 Sağlık ve Hastalık

Sağlıklı olmak veya bir hastalığa duçar olmak durumu ezelden beri bütün insanlar için ehemmiyet taşımıştır. Sağlıklı olmak, adeta, hayatın insana sunduğu bir ödül gibidir. Dolayısıyla, bir insanın sağlığını korumaya gayret etmesi ve sağlıklı kalmayı başarması büyük önem taşır. Hiçbir maddi karşılık, insanın sağlıklı olması ile boy ölçüşemez. Tarih boyunca, sağlığın ehemmiyeti konusunda insanlar ortak düşünce ve hisleri paylaşmışlardır.

Batılıların “Muhteşem Süleyman” olarak adlandırdıkları Osmanlı Padişahı Kanunî Sultan Süleyman savaş alanlarında büyük zaferler kazanmış bir kahramandı. Ömrü, çok sayıda ve uzun seferler içinde geçti. Tam 46 sene Osmanlı tahtında kaldı. Öte yandan, Muhibbî mahlâsıyla yazdığı aşk, heyecan, kahramanlık ve tefekkür şiirleriyle bir Divan meydana getirecek denli sanat gayreti göstermiştir. Onun, Kanunî gibi bir hükümdar tarafından söylendiği için anlamı bir kat daha büyüyen gazelinde “sağlık” konusu şöyle dile gelmiştir:⁴³⁰

*Halk içinde mu'teber bir nesne yok devlet gibi
Olmaya devlet cihanda bir nefes sıhhat gibi*

⁴³⁰ Nihad Sami BANARLI (1998), *Resimli Türk Edebiyatı Tarihi*, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, s. 568.

Olan kumlar sağısınca ömrüne hadd ü aded

Gelmeye bu şişe-i çerh içre bir saat gibi

İnsan için, “yaşama” ve “sağlık” her şeyin başıdır. İnsan için, “sağlıklı yaşam” dan daha değerli bir şey yoktur. Yaşam hakkı tüm hakların temelidir. Bütün insanların yaşam hakları, önem ve kutsiyet itibariyle, müsavidir.⁴³¹ Yaşama hakkı; kişinin fiziki ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi ve devam ettirebilmesi, varlığını sona erdirmeye yönelik çeşitli etkenlere karşı koyma hak ve yetkilerini ifade etmektedir.⁴³²

Sağlık; lügat anlamı ile “rahatsızlık, hastalık, eksiklik veya yaralanmanın bulunmayışı”dır.⁴³³ Bir başka sözlükte ise, sağlık, vücudun ve ruhun esenlik içinde bulunması durumu olarak tarif edilmiştir.⁴³⁴ Dünya Sağlık Teşkilatı gibi 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkından Kanun da (Madde: 2) sağlığı şöyle tanımlamaktadır: “Sağlık, yalnız hastalık ve maluliyetlerin yokluğu olmayıp bedence, ruha ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir.”⁴³⁵ Bu tanımlamalar esasen sağlık hakkı ve sağlık hizmetlerinin kapsamının belirlenmesinde önemli ölçüde etkili olmuştur denebilir. Sağlık kavramının salt hasta veya malul olmama hallerine indirgenmemesi, sağlık hizmetlerinin daha geniş ölçekte sunulması gerekliliğini ortaya koymuştur.⁴³⁶

Sağlık hakkı; kişinin biyolojik ve psikolojik varlığının düzen ve ahenk içerisinde sürdürülebilmesi hakkını ifade etmektedir. Bu terim sadece hastalıklardan korunma ve tedavi olma hakkını değil, hastalığın gelişmesini önleyen ortam hazırlanmasını istemeyi de kapsamaktadır. Sağlık hakkı, insan haklarının gelişimi sürecinde kendisine yer bulmuş ve uluslararası sözleşmelere ve anayasalara girmiştir.⁴³⁷ İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’nin 25. maddesinde sağlık hakkı şu şekilde yer bulur: “Herkesin sağlığını korumaya ve bu nedenle yeterli bir hayat

⁴³¹ Ali TÜRKMEN (2013), *Hasta ve Hekim Hukuku*. Adalet Yayınevi, Ankara, s. 3-5.

⁴³² Köksal BAYRAKTAR (1972), *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayını, s. 13.

⁴³³ Bedii Nuri ŞEHİSUVAROĞLU (1983), *Tıbbi Deontoloji*, (Geliştirilmiş 2. Basımı Hazırlayan: Arslan TERZİOĞLU), İstanbul Tıp Fakültesi Vakfı – BAYDA yayını, s. 54.

⁴³⁴ Ali PÜSKÜLLÜOĞLU (2004c), *Türkçe Sözlük*, 7. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara, s. 1126.

⁴³⁵ Bedii Nuri ŞEHİSUVAROĞLU 1983, age, s. 54.

⁴³⁶ Miraç ÇELİK (2020), “İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kusursuz Sorumluluğu”, *İçinde, Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, 1. Cilt, Atılım Üniversitesi Yayınları- No: 65, Hukuk Fakültesi Yayınları- No: 3, Ankara, 1. Baskı, s. 305-332.

⁴³⁷ Hasan Tahsin GÖKCAN (2013), *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 44-45.

düzeyine ve hastalık halinde gerekli güvenliğe hakkı vardır.” Yine, 1982 Anayasası, 56. Maddesinde sağlık hakkını şöyle düzenler: “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.”⁴³⁸ Yaşama hakkının en önemli bileşenlerinden biri olan ve çeşitli uluslararası insan hakları belgelerinde bir insan hakkı olarak kabul edilen sağlık hakkı, aynı zamanda Anayasamızda “sosyal ve ekonomik haklar” arasında düzenlenen bir temel hak konumundadır. Gerek tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler gerekse Anayasa’da sağlık hakkıyla ilişkilendirilebilecek hükümler, sağlık hakkının gerçekleştirilmesi noktasında devlete negatif ve pozitif anlamda çeşitli ödevler yüklemektedir. Türkiye’nin de tarafı olduğu Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi’nin yorumu bağlamında bu ödevleri “saygı”, “koruma” ve “gereğini yerine getirme” şeklinde sıralamak mümkündür.⁴³⁹

“Hasta”, “sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseyi” ifade eder (Hasta Hakları Yönetmeliği, Madde: 4/b).⁴⁴⁰ Öğretide hasta kavramının Farsça “yorgun” anlamına geldiği ve “bir tedavi işlemine, bir cerrahi müdahaleye rıza gösteren, müdahalenin pasif tarafı olan kişi” şeklinde tanımlanabileceği belirtilmektedir.⁴⁴¹

“Hastalık”, bedensel bütünlüğün, iyiliğin ve mutluluğun bozulmuş olması durumudur. İnsan, dünyaya fiziksel ve yaşamsal bütünlüğü bozulmuş olarak gelebileceği gibi; sağlıklı doğup, sonradan bedensel ve yaşamsal bütünlüğünü kaybetmiş olabilir. Her iki halde insan, “Hasta” olarak nitelendirilir.⁴⁴² Türk Dil Kurumu Sözlüğündeki tanımı ile; “Organizmada birtakım değişikliklerin ortaya çıkmasıyla sağlığın bozulması durumu, rahatsızlık, çor, dert, sayrılık, illet, maraz, maraza, esenlik karşıtı, ... ruh sağlığının bozulması durumu” şeklinde ifade edilmiştir.⁴⁴³

⁴³⁸ Ali TÜRKMEN 2013, age, s. 5.

⁴³⁹ Miraç ÇELİK 2020, age, s. 305-332.

⁴⁴⁰ Ahmet ER, Ömer TOPAÇ ve Serap KAYGUSUZ (2021), *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk*. 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 32.

⁴⁴¹ Hüseyin HATEMİ (2006), “Özel Hasta Gruplarının Hakları”, *Sağlık Hakkı Dergisi*, S. 1, s. 42-44, Aktaran Hakan HAKERİ 2015, age, s. 41.

⁴⁴² Ali TÜRKMEN 2013, age, s. 4.

⁴⁴³ TÜRK DİL KURUMU SÖZLÜKLERİ (2021), Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>. ET. 02.02.2021

2.1.2 Tıbbi Müdahale

“Tıbbi Müdahale” kavramı; Hasta Hakları Yönetmeliği’nde 08.05.2014 tarihinde yapılan değişiklik ile ilave edilmiştir. İlgili yönetmeliğin 4/g maddesinde bu kavram; “Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişim” olarak tanımlanmıştır.⁴⁴⁴ Ceza Muhakemesinde, “Beden Muayenesinde, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik” 3. maddesinde, müdahale ve cerrahi müdahalenin tanımları yapılmış olup, buna göre tıbbi müdahale, “hekim veya diğer sağlık personeli tarafından teşhis, tedavi, rehabilitasyon ve önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbi işlemlerdir.” Cerrahi müdahale ise, “tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan teşhis ya da tedaviye yönelik operasyonlardır.”⁴⁴⁵

Bir sözlükte “tıp”; hastalıkları, sakatlıkları iyileştirmek, hafifletmek ya da önlemek ereğiyle başvuru teknik ve bilimsel çalışmaların tümü” olarak ifade edilmektedir.⁴⁴⁶ “Tıp”, sağlık bilimlerinin bir dalı olarak, “insan sağlığının sürdürülmesi ya da bozulan sağlığın yeniden düzeltilmesi ile uğraşan, hastalıklara tanı koyma, hastalıkları sağaltma (tedavi etme) ve hastalık ve yaralanmalardan korumaya yönelik çalışmalarda bulunan birçok alt bilim dalından oluşan bilimsel disiplinlerin şemsiye adı” şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁴⁷

Tıbbi müdahale, resmi ehliyetli kişiler tarafından gerçekleştirilen ve kişinin vücut bütünlüğünü, yaşam ve sağlığını etkileyen fiziksel veya ruhsal anomalilerin tespiti, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik, tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarına uygun gerçekleştirilen girişim olarak tanımlanmaktadır.⁴⁴⁸ Tıbbi müdahale, “tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim)

⁴⁴⁴ Ahmet ER, Ömer TOPAÇ ve Serap KAYGUSUZ 2021, age, s. 32.

⁴⁴⁵ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2020), “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik”, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=8202&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>. (ET. 12.12.2020

⁴⁴⁶ Ali PÜSKÜLLÜOĞLU 2004c, age, s. 1329.

⁴⁴⁷ Hakan HAKERİ (2015), *Tıp Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 40.

⁴⁴⁸ Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU (1993), *Tıbbi Müdahaleye Rıza*. Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 15, Aktaran Nihan KOYUNCU-AKTAŞ (2020), *Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 37.

tarafından, doğrudan doğruya ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder.⁴⁴⁹

Tıbbi müdahalenin diğer tanımlara kıyasla daha farklı bir tanımını ise şu şekildedir: “Tıbbi müdahale, temelde bireyin yaşam hakkının korunmasına ve ek olarak bu hakkın kaliteli bir şekilde kullanılmasına yönelik faaliyetlerdir.”⁴⁵⁰ Velhasıl, “Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan teşhis, tedavi veya hukuka uygun amaçlarla kişinin müdahaleden beklediği menfaate uygun tıbbın sınırları içinde kalan fiziki ve ruhi girişime tıbbi müdahale denir.” Tanımın, belirlenmiş ve genişletilmiş bu halinde; artık sorumlu sadece hekim olmayıp, sağlık personelidir ve sorumluluk; “Tıbbi müdahale; kişilerin bedensel, fiziksel ya da ruhsal (psikolojik) bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek ya da bu mümkün olmadığı takdirde, hastalığını hafifletmek ya da acılarını dindirmek ya da onları böyle bir rahatsızlıktan korumak şeklinde en küçük girişimden en ağır ameliyatlara kadar saymamız mümkündür.”⁴⁵¹ Gökcan’a göre; tıbbi müdahale kavramı, tıp mesleği ile uğraşmaya yetkili bir kişi tarafından hasta adı verilen özneye bir hastalığını veya fiziksel bir özrünü sağaltma ya da hastalıktan koruma yahut acılarını giderme, azaltma maksatlarıyla yapılan her türlü yardım ve etkinliği içerir. Bu etkinlikler, basit tanı işleminden ilaçla sağaltıma, fiziksel sağaltım alanlarına ve her türlü psikiyatrik sağaltımlarla ameliyatlara, estetik girişimlere, diş çekimi ve protez yapımına ve hastanın acısının azaltılmasına, hastalığın önlenmesine dek bütün tıbbi amaçlı işlemleri kapsamaktadır. Tıbbi müdahaleye kural olarak hekim yetkilidir. Ancak hekimin gözetim ve denetiminde ya da yetkileri dahilinde diğer sağlık mesleği mensupları da tıbbi müdahalede bulunabilir.⁴⁵²

Mevzuatta yer alan düzenlemeler göre; hasta üzerinde, hastalıklardan koruma, hastalıkların teşhisi ve tedavisi için yapılan tüm tıbbi işlemleri ve girişimleri ifade eden tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme yetkisi hekimlerdedir. Bununla birlikte, mesleki yetkileri çerçevesinde veya hekimlerin kontrolünde, diğer sağlık meslek mensupları tarafından da bazı tıbbi girişimlerin gerçekleştirilmesi mümkün

⁴⁴⁹ Mehmet AYAN (1991), *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Yayınları, Ankara, s. 5.

⁴⁵⁰ Ahmet Nezih KÖK (2005), “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza”, *Kamu Hukuku Arşivi*, C. 8, s. 116-121.

⁴⁵¹ Berna ÖZPINAR (2008), “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, s. 269-292.

⁴⁵² Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 53.

olmaktadır.⁴⁵³ Tıbbi müdahale konusunda öncelikli olarak hekimler yetkili olmakla birlikte, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'dan hareketle, uygulamada “hekimler, diş hekimleri, ebeler, hemşireler, sağlık memurları ve sünnetçiler” tıbbi müdahale konusunda yetkili kimseler olarak kabul edilmektedir. Söz konusu kanunun 3. maddesinde ise bu konuya ilişkin önemli bir istisna yer almaktadır. Buna göre “acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtmek kaydıyla acil tıp teknikerleri ile acil tıp teknisyenleri hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler.”⁴⁵⁴

2.1.3 Komplikasyon (Karmaşım)

Sağlık hizmetleri her ne kadar; hizmet alanların sağlığını korumak, geliştirmek, hastalıklarını sağıltmak ve esenlendirmek boyutlarıyla bireyin ve toplumun sağlığına yarar sağlamayı amaçlarsa da belli bir tıbbi uygulama bazen belli bir kişi için zarar verici olabilir. Tıbbın doğasında var olan belirsizlikler, her bireyin kendine özgü özellikleri ve özgün koşulları, hastalıkların değişken yapısı gibi belirleyenlerin etkili olabildiği bu riski bir dereceye kadar kabul edilebilir buluruz. Sınırı belirleyen; biriktirdiğimiz bilimsel bilgi ve yarattığımız teknolojik olanakların nitelik ve niceliğidir. Elimizdeki olanaklarla önleyemediğimiz ancak getireceği yarar vereceği rahatsızlıktan daha fazla olan girişimleri uygulanabilir kabul ederiz, bu sınırlar içinde oluşan zararları komplikasyon olarak adlandırırız. Bunun yanı sıra; sağlık hizmeti alanlar, hizmetin çeşitli aşamalarından / bileşenlerinden kaynaklanan hatalar nedeniyle de zarar görebilirler.⁴⁵⁵ Tıbbi müdahalenin en hazin ve çekinilen sonuçlarından biri hekimin ya da sağlık meslek mensubunun bir müdahale esnasında ya da sonrasında komplikasyonla karşılaşmasıdır. “Karmaşım” olarak da ifade edebileceğimiz ve tıbbın adeta doğasından kaynaklanan meselelerden biri olan “komplikasyon”, tıbbi müdahalenin olumsuz bir sonucunu yansıtır. Kanaatimce, güncel bilimsel bilgilerin ışığında ve vasıtasıyla, belirti, bulgu ve verilerin doğru tespit edilmesine, doğru tanı konulmasına ve korunma, teşhis ya da tedaviye yönelik olarak tıbbi müdahalenin tam ve kusursuz planlanıp uygulanmasına rağmen, önceden

⁴⁵³ Ahmet ER, Ömer TOPAÇ ve Serap KAYGUSUZ 2021, age, s. 33.

⁴⁵⁴ Miraç ÇELİK 2020, age, s. 305-332.

⁴⁵⁵ TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ (2021), “Sağlık Alanında Hizmet Kaynaklı Zarar: Hekimler Ne Diyor?”, <https://www.ttb.org.tr/kutuphane/hizmetzarar.pdf>. ET. 21.02.2021

kesin olarak bilinmeyen bir biçimde ve evrede, hasta üzerinde olumsuz sonuçlar doğuracak bir durumun peydah olması “karmaşım/komplikasyon” olarak adlandırılabilir. Hekim, tıbbi müdahalenin bütün merhalelerinde, dikkat ve özen yükümlülüğüne tamamıyla riayet etmiş olmasına, gerekli bütün önlemleri almış bulunmasına karşın, hasta üzerinde bedensel ya da tinsel olumsuz sonuç doğuran durum, istenmeyen bir biçimde ortaya çıkmış ise, işte o bir karmaşımıdır.

Gökcan’a göre; tıbbi anlamıyla komplikasyon; bir hastalığın seyri veya tedavi girişimi sırasında ortaya çıkması muhtemel sağlığa zarar veren diğer bir bozukluğu ifade eder. Komplikasyon; tıp bilimi ve mesleğinin verilerine uygun davranılmasına ve ortaya çıkmaması için gereken önlemler alınmasına karşın, tıbben benzer girişimlerde meydana gelme olasılığı kabul edilen risklerdir.⁴⁵⁶ Tıbbi anlamda komplikasyon; vücut üzerinde bir hastalığın veya dış tesirin (travma, ameliyat, ilaç uygulaması vb.) yol açtığı diğer bir hastalık ya da arıza olarak tanımlanabilir. Hukuki anlamda komplikasyon; tıp bilimi ve mesleğinin verilerine uygun davranılmasına ve ortaya çıkmaması için gereken önlemler alınmasına karşın, tıbben benzer girişimlerde meydana gelme olasılığı kabul edilen, ancak kişinin sağlığı bakımından tıbbi girişimin gerekli görülmesi nedeniyle göze alınan (veya bu nedenle izin verilen) risklerdir. Diğer bir manada komplikasyon, tedavi yönteminin arzu edilmeyen ve hasta vücudu veya sağlığı bakımından patolojik nitelikteki riske bağlı sonuçlarıdır.⁴⁵⁷

TCK'ya göre, kanunda tanımlanarak yasaklanan ve karşılığında bir ceza yaptırımını öngörülen fiiller suç olarak ifade edilmiş olup, bir suçun gündeme gelebilmesi için ilgili suçun aradığı maddi ve manevi unsurları bulunmasının yanında hukuka aykırılık unsurunu da taşıması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, hekim ve diğer sağlık görevlilerinin gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahaleler neticesinde ortaya çıkan olumsuz sonuçların suç teşkil edebilmesi için; kanunda tanımlanan tipikliğe uygun bir fiilin, failin kusurlu davranışı nedeniyle hukuka aykırı bir şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir.⁴⁵⁸ Bu sebeple insanın yaşam hakkına, vücut ve beden bütünlüğüne yönelik doğrudan hekim ve sağlık görevlileri tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler "izin verilen risk" kavramı çerçevesinde yerine getirilmektedir.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 74.

⁴⁵⁷ Age, s. 235.

⁴⁵⁸ Yüksel ERSOY (2004), “Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları”, *TBB Dergisi*, S. 53, s. 161-190.

⁴⁵⁹ Gözde HATİPOĞLU (2021), Hekimin Görevi Kötüye Kullanma Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu, Ankara, *Seçkin Yayıncılık*, s. 81-81.

Tıbbi müdahalelerde her an için zararlı bir neticenin meydana gelmesi durumu söz konusu olabilmektedir. Gerekli özen ve dikkat gösterilse bile meydana gelen olumsuz neticeler tıbbi müdahalelerin normal sapmaları, riskleri olarak değerlendirilmektedir.⁴⁶⁰⁻⁴⁶¹ Nitekim, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinde, “tabip ve dış tabibi, ilmi icapları uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez” denilmektedir.⁴⁶² Bu açıklamadan anlaşılması gereken hekimin tıbbi müdahalesinin mutlak suretle şifa ile neticelenemeyeceği bu sebeple de hekimin eleştirilemeyeceğidir.⁴⁶³⁻⁴⁶⁴ Tıbbi müdahale, hukuken izin verilen bir faaliyet olsa bile, mesleğin özelliği nedeniyle taşıdığı risk ve tehlikeler bakımından alınması beklenen tedbirlerin alınmamış olması durumunda hukuka uygunluk sınırının aşıldığı kabul edilerek, TCK'nın 50'nci maddesine göre cezai sorumluluk gündeme gelebilmektedir.⁴⁶⁵

Hekim ya da sağlık çalışanlarının, tıbbi uygulamaları sırasında hastada oluşturdukları her türlü zarar iyatrojenik zarar (iyatrojenez) olarak isimlendirilir. Buna göre, tıbbi uygulamanın tıp bilimi standartlarına uygun olmasına rağmen, ortaya çıkabileceği ilgili çevrelerce kabul edilmiş olan veya her türlü tedbirin alınmasına rağmen ortaya çıkmasından kaçınılamayan zararlar, komplikasyon olarak adlandırılır. İhmal, bilgi ve beceri eksikliği vb. nedenlerle ortaya çıkan bakım standartlarından sapmayı da içeren ve hastada bir zararla sonuçlanan, hatalı olduğu kabul edilen tıbbi uygulamaları ise tıbbi uygulama hatası olarak kabul etmek gerekir.⁴⁶⁶

Hekimin hukuki sorumluluğunun temel konularından birini tıbbi malpraktis-komplikasyon ayrımı oluşturmaktadır. Tıbbi malpraktis yani tıbbi uygulama hatası sebebi ile hekimler ve sağlık çalışanları sorumlu tutulurken, komplikasyon oluşumunda aynı sorumluluk söz konusu olmamaktadır. Tıbbın kaide ve kurallarına

⁴⁶⁰ Kayıhan İÇEL (1967), *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul, s.145, Aktaran Hakan HAKERİ 2015, age, s. 613.

⁴⁶¹ Yener ÜNVER (1998), *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*. Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, s. 195.

⁴⁶² Hakan HAKERİ 2015, age, s. 613.

⁴⁶³ Dilek ÇAVUŞOĞLU (2018), Hekimin Cezai Sorumluluğu ve Ceza Hukuku Açısından Özellik Arz Eden Tıbbi Müdahaleler (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), *Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı*, İstanbul, s. 13.

⁴⁶⁴ Hüseyin Cem BARLIOĞLU (2022), *Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 47.

⁴⁶⁵ Yüksel ERSOY 2004, age, s. 161-190.

⁴⁶⁶ Oğuz POLAT (2015), *Tıbbi Uygulama Hataları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 21-22.

uyularak gerekli özen gösterilmiş olsa dahi tıbbi faaliyetin mutlak surette şifa ile sonuçlanması beklenemez. Ancak hekimin hukuki sorumluluğunun doğduğu durumların temelini, gerekli dikkatin gösterilmediği, mesleğin icrası esnasında genellikle ihmal suretiyle hastanın sağlığının zarara uğratıldığı vakalar oluşturur.⁴⁶⁷

Tablo 1: Tıbbi Uygulama Hatası (Malpraktis) ve Komplikasyon (Karmaşım) Ayrımı Tablosu⁴⁶⁸

<i>Tıbbi kuralara uygun müdahale</i>	Yan etki öngörülüyor	Olumsuzluk çıkıyor ve gerekli girişimde bulunuluyor	Sonuç kötü	Komplikasyon
<i>Tıbbi kuralara uygun müdahale</i>	Yan etki öngörülüyor	Önlem alınmıyor	Sonuç kötü	Komplikasyon
<i>Tıbbi kurallara uygun müdahale</i>	Yan etki öngörülüyor	Önlem alınmıyor	Sonuç kötü	Tıbbi malpraktis
<i>Tıbbi kurallara uygun olmayan müdahale</i>	Yan etki öngörülüyor veya öngörülüyor	Önlem alınmıyor veya alınmıyor	Sonuç kötü	Tıbbi malpraktis
<i>Hukuka aykırı müdahale</i>	Yan etki öngörülüyor veya öngörülüyor	Önlem alınmıyor veya alınmıyor	Sonuç kötü veya iyi	Tıbbi malpraktis
<i>Rızasız müdahale</i>	Yan etki öngörülüyor veya öngörülüyor	Önlem alınmıyor veya alınmıyor	Sonuç kötü	Tıbbi malpraktis

Komplikasyon kavramının geçerli olmadığı tıp branşları da bulunmaktadır. Örneğin, patoloji olarak ifade edilen ve hastalıkları hücresel düzeyde araştıran tıp dalında komplikasyon kavramı kabul görmemektedir. Bu sebeple patoloji uzmanları tarafından gerçekleştirilen tıbbi işlemlerde meydana gelen hatalar doğrudan malpraktis kapsamına dahil edilmektedir.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ Zeynep ÖZCAN, Ayşe Betül ÖZCANOĞLU (2020), “Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayrımına Bağlı İspat Sorunları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 8 (16), s. 289-315.

⁴⁶⁸ Halide SAVAŞ (2013), *Tıbbi Müdahale Hataları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 283.

⁴⁶⁹ Hüseyin Cem BARLIOĞLU 2022, age, s. 48.

2.1.4 Tıbbi Malpraktis (Tıbbi Uygulama Hatası)

Tıbbi uygulamalar ve etkinlikler ile bu kapsamda yer alan tıbbi hekimlik uygulamaları, tıp biliminin oldukça köklü ve sürekli devinim içinde olan geniş bir uygulama alanına işaret etmektedir. Şüphesiz hastalık kavramına odaklanan -teşhis, tedavi ve önleyicilik kapsamındaki- tıbbi hekimlik uygulamaları, tıp hukukunun klasik anlamda esaslı içeriğini teşkil etmektedir. Ancak klasik konvansiyonel tıbbın sınırlarını zorlayarak gelişen ve sürekli devinim içinde olan modern tıp bilimi, tıbbi uygulamalarının da kapsamını sürekli genişleterek amacının sınırlarını zorlamaktadır. Bu gelişim ve zorunlu değişim, modern tıp biliminin sorgulanmasına ve birtakım etik mülahazaların doğmasına neden olmuş ve etkilerini hukuki ve nihayetinde yasal boyutta da göstermişlerdir. İşte bu gereklerle doğan tıp hukuku, esas itibariyle uygulanan tıp bilim ve sanatı kapsamında yürütülen tıbbi uygulama ve etkinliklerin tabi olacağı hukuki rejimi tasvir etmektedir.⁴⁷⁰

Tıbbi sorumluluk ve onun bir parçası olan hekim sorumluluğu, tarihin ilk uygarlıklarında dahi söz konusu olmuştur. Filhakika bu husustaki ilk kanun maddeleri insanların tanıdığı en eski uygarlık olan Mezopotamya medeniyetinde, M.Ö. takriben 1800 yıllarında yazılmış olan Hammurabi (M.Ö. 1800-1750) Kanunlarında görülür.⁴⁷¹ Amerika Birleşik Devletleri'nde tıbbi uygulama hatası 19. yüzyıla kadar nadirdi. Hatalı uygulama davaları, kısmen, kişisel yaralanmanın gerekçesi olarak dinin azalan rolüne ve fiziksel refahın kontrol edilebileceği ve hatta iyileştirilebileceğine dair artan bir algıya yanıt olarak ortaya çıktı. Meslek dışı basın tıbbi gelişmeleri bildirirken, hastalar inançlarını hastalıkların tedavi edilebilir olduğu hissine kaydırdı. Bir hekimin daha iyi performans gösterip gösteremeyeceği konusunda kötü sonuçlar incelenmeye başlandı.⁴⁷²⁻⁴⁷³⁻⁴⁷⁴ Amerika Birleşik Devletleri'nde, 1840'tan bu yana hatalı tıbbi uygulama vakalarının artışının sayısının üç ana nedeni vardır: Birincisi, tıbbi gelişmeler sağlık hizmetlerini genel olarak iyileştirirken, tedavilerin istenmeyen yan etkileri davalar için verimli bir zemin

⁴⁷⁰ Burcu ERTEM (2015), Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları (Yayınlanmamış Doktora Tezi), *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Hukuku) Anabilim Dalı*, Ankara, s. 14.

⁴⁷¹ Bedii Nuri ŞEHİSUVAROĞLU 1983, age, s. 49.

⁴⁷² James C MOHR (2000), American Medical Malpractice Litigation in Historical Perspective, *JAMA*, S. 283, s. 1731-1737.

⁴⁷³ James C MOHR 2000, age, s. 1731-1737.

⁴⁷⁴ Andrew A SANDOR (1957), "The history of professional liability suits in the United States", *J Am Med Assoc*, S. 163, s. 459-466.

haline gelmiştir. Örneğin, radyografi tanı yeteneklerini geliştirdi ancak ilk hastalar aşırı radyasyon dozlarına maruz kaldılar veya yeni bir teknik olduğu için görüntülerin yanlış yorumlanması söz konusu oldu. İkincisi, kuruluşlar ruhsatlandırma ve uygulama bakımından tek tip eğitim standartları geliştirdikçe, doktorlar öngörülen normlardan sapma gösterdiklerinde sorumlu tutulabilir duruma düştüler. Son olarak, doktorlar için tıbbi malpraktis sigortasının ortaya çıkması, bir yandan onların kişisel varlıklarını korurken, öte yandan bilinen bir yasal araç olarak yanlış tıbbi uygulama davalarının kolaylıkla açılmasına sebebiyet verdi.⁴⁷⁵

Tıbbi malpraktis kavramı; tıbbin kötü uygulanması, kötü hekimlik uygulamaları veya tıpta yanlış uygulamalar biçiminde açıklanmaktadır.⁴⁷⁶ Dolayısıyla tıp bilimi ve mesleğinin gereklerine aykırı biçimde yapılan uygulamaların malpraktis olarak adlandırılması mümkündür. Bu durumda malpraktisin temelini de tıbbi hata kavramının oluşturduğu görülmektedir.⁴⁷⁷ “Hata”, bir sözlükte şöyle tanımlanmaktadır: 1) Yanılmadan doğan durum, yanılma, yanılğı, yanlış, yanlışlık,- 2) Bilmeyerek ya da istemeksizin yapılan yanlışlık, yanılma,- 3) Suç, günah, kusur, kabahat.⁴⁷⁸ Hata, bir planın veya bir eylemin amaçlandığı gibi tamamlanamaması veya bir amaca ulaşmak için yanlış bir planın kullanılmasıdır.⁴⁷⁹ Tıbbi hata ise doktorların kendisinden beklenen yüksek standarttaki tedavileri karşılamada yetersiz kalması nedeniyle hastaların yaşadığı bir tür hak ihlalidir.⁴⁸⁰ Hastalara sağlık hizmeti verilirken tıbbi müdahalenin amaçlandığı şekilde tamamlanamaması tıbbi hata olarak tanımlanır. Tıbbi hatalar; yanlış işlemi yapmak, doğru işlemi yapmamak (ihmal) ve doğru işlemi yanlış yapmaktan dolayı meydana gelebilir. Yorgunluk, yetersiz eğitim, iletişim sorunları, zamansızlık, yanlış karar, tartışmacı kişilik gibi insan kaynaklı sorunlar tıbbi hatalara neden olabilir. İşyeri yapısı, takip edilen politikalar, idari yapı, personelin yanlış dağılımı, sorunlara çözüm konusunda yetersizlik gibi nedenler kurumsal kaynaklı sorunlardır. Yetersiz

⁴⁷⁵ Brian V NAHED, Maya A BABU, Timothy R SMITH ve Robert F HEARY (2012), Malpractice Liability and Defensive Medicine: A National Survey of Neurosurgeons. *PLoS ONE*, S. 7 (6). e39237. doi: 10.1371 / journal. pone. 0039237, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/22761745/>. ET. 14.02.2021

⁴⁷⁶ Halide SAVAŞ 2013, age, s. 62.

⁴⁷⁷ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 61.

⁴⁷⁸ Ali PÜSKÜLLÜOĞLU 2004c, age, s. 609.

⁴⁷⁹ L. La PIETRA, L. CALLIGARIS, L. MOLENDINI, R. QUATTRIN ve S. BRUSAFERRO (2005), “Medical Errors and Clinical Risk ManAgement: State of The Art”, *Acta Otorhinolaryngol Ital*, S. 25, s. 339-346, <https://www.actaitalica.it/issues/2005/6-05/Lapietra.pdf>. ET. 14.02.2021

⁴⁸⁰ Asaf TOKER, Shifra SHVARTS, Zvi PERRY, Yariv DORON ve Haim REUVENI (2004), “Clinical guidelines, defensive medicine, and the physician between the two”, *American Journal of Otolaryngology*, S. 25 (4), s. 245-250.

otomasyon, yetersiz cihaz ve eksik cihaz gibi teknik faktörler de tıbbi hata nedeni olabilmektedir. Tıbbi hataların ana sebebi kişiye bağlı olmakla birlikte sistemdeki yetersizlik ve eksiklikler nedeniyle olduğu da düşünülmektedir. Tıbbi hatalar hasta güvenliği riskini artıran ciddi bir halk sağlığı sorunudur. Dünyanın her yerinde tıbbi hata ile malpraktis terimleri eşdeğer olarak kabul edilmektedir, ancak sağlık çalışanlarının yaptığı her tıbbi hata nedeniyle hastada zarar meydana gelmeyebilir. Bir ilacın fazla dozda verilmesiyle yapılan hata neticesinde hastada herhangi bir zarar oluşmamış olabilir, ama bu yine de tıbbi bir hatadır.⁴⁸¹ Latince “Male” ve “Praxis” kelimelerinden türetilen malpraktiste ise muhakkak bir zararın oluşması gerekmektedir.⁴⁸² Türk Tabipleri Birliği’ne göre; malpraksis sözcüğüne Türkçe karşılık olarak, anlamı doğru biçimde verecek deyim ‘hizmet kaynaklı zarar’ tabiridir.⁴⁸³

Malpraktis kavramı, Türk Tabipleri Birliği, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 13. maddesinde; “Hekimliğin Kötü Uygulanması” başlığı altında ve “Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulanması anlamına gelir.” şeklinde tanımlanmıştır. Dünya Tabipleri Birliği’nin 44. Genel Kurulu’nda kabul edilen sonuç bildirgesine göre, tıbbi kötü uygulama şöyle ifade edilmektedir: “Tıbbi kötü uygulama, hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi uygulamaması ile oluşan zarardır. Tıbbi uygulama sırasında öngörülemeyen bilgi ya da beceri noksanlığı sonucu oluşan ise istenmeyen neticedir ve bundan hekimin sorumluluğu yoktur.”⁴⁸⁴ Benzer bir tanım da “Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı” içinde yer almaktaydı: “Sağlık personelinin kasıt, kusur ve ihmali ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış ya da eksik teşhiste bulunması ya da hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumlardır.”⁴⁸⁵

Tıbbi hatalar genel itibariyle, hastanın bilgilendirilmesi sürecinde, hastalığın teşhisinde, uygulanacak tedavi şeklinin tespitinde, tedavi yönteminin uygulanması

⁴⁸¹ Mehmet KARATAŞ ve Cengiz YAKINCI (2010), “Tıbbi Hata Nedenleri ve Çözüm Yolları”, *İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, S. 17 (3), s. 233-236.

⁴⁸² Özlem ÖZER, Kenan TAŞTAN, Turan SET, Yasemin ÇAYIR ve Mustafa Talip ŞENER (2015), “Tıbbi Hatalı Uygulamalar”, *Dicle Tıp Dergisi*, S. 42 (3), s. 394-397.

⁴⁸³ TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ 2021, age, ET. 21.02.2021

⁴⁸⁴ Cemal ÖZTÜRKLER (2006), *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 337.

⁴⁸⁵ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 632.

sırasında ve tedavi sonrası süreçte ortaya çıkabilmekte; tıbbi hatalar genel olarak hekimin bilgi, tecrübe veya beceri konularındaki eksikliğinden; dikkatsiz, tedbirsiz veya ilgisiz davranmasından kaynaklanabilmektedir. Tıbbi hatanın organizasyon kusuru şeklinde gerçekleşmesi de mümkündür.⁴⁸⁶ Tıbbi uygulama hatası denince her ne kadar bu kavramın tıbbi ve bilimsel boyutunun baskın olduğu gibi bir izlenim oluşsa da, özellikle son yarım yüzyılda tıbbın oldukça ilerlemesi, pek çok bilim ve disiplin ile paralel hareket etmesi, hukuki bir düzene oturtulması gerektiği kanaati ve nihayetinde insan hayatının değerli olduğu yönünde gelişen algı, bu kavramın hukuki, etik ve klinik boyutlar üzerinde tartışılmasına yol açmıştır.⁴⁸⁷

2.1.5 Savunmacı Tıp

Savunmacı (defansif) tıp, hekimin kendisini dava tehdidine karşı korumak amacıyla tanı ve tedaviye yönelik işlemleri gereksiz kullanması ve malpraktis davası ile sonuçlanma riski yüksek olan faaliyetlerin sorumluluğunu reddetmesi olarak tanımlanmaktadır.⁴⁸⁸ Bir başka tanım ise şu şekildedir: Savunmacı tıp, hekimlerin hasta ve hasta yakınlarına karşı tıbbi uygulama hataları kaynaklı hukuki sorumluluktan kaçınmak için hastalığın seyri ya da hastanın durumu açısından çok ta gerekli olmayan tedavi yöntemleri ve prosedürleri takip etmesi veya tam tersi olarak yüksek risk taşıyan hasta ve tedavi yöntemlerinden kaçınmasıdır.⁴⁸⁹ Savunmacı tıp için farklı bir tanım olarak şunu da zikredebiliriz: Defansif tıp hekimin ceza veya hukuk davalarıyla karşılaşmamak, tazminat ödememek, sigorta poliçe primlerini artırmamak amacıyla aşırı korumacı veya çekingen davranarak, tanı ve tedaviye yönelik tıbbi uygulamaları gereksiz kullanması ve malpraktis davası ile sonuçlanma riski yüksek olan uygulamalardan kaçınmasıdır.⁴⁹⁰

Tıbbi uygulama hatalarından kaynaklı davaları önlemek amacıyla açıkça teşhis ve son tedavi önlemlerinin kullanılması, tıbbi davaların günümüzdeki artışının en az arzulanan etkilerinden biri olarak sıkça karşılaşılan savunmacı tıp olarak ifade

⁴⁸⁶ Ahmet ER, Ömer TOPAÇ ve Serap KAYGUSUZ 2021, age, s. 341-342.

⁴⁸⁷ Kerem YILMAZ (2014), *Defansif Tıp / Hekimin Tıbbi Uygulamalarda Sorumluluktan Kaçması Durumunda Ortaya Çıkan Problemler*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

⁴⁸⁸ Richard P BERGEN (1974), "Defensive Medicine is Good Medicine", *The Journal of The American Medical Association*, S. 228 (9), s. 1188-1189, Aktaran Aynur TORAMAN ve İlker Hüseyin ÇARIKÇI (2019), "Defansif Tıbbın Nedenlerinin Hekim Gözüyle Değerlendirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, S. 10 (23), s. 40-51.

⁴⁸⁹ Oğuz POLAT (2015), *Tıbbi Uygulama Hataları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 245-246.

⁴⁹⁰ Selma ALTINDIŞ, Esra COŞAR, Ali Rıza ATASOY, Beyza AKBABA, İsmail ŞİMŞİR ve Semra ÖZ (2019), "Sağlık Uygulamalarında Defansif Tıp", *Balıkesir Medical Journal*, S. 3 (1), s. 12-19.

edilmektedir. Pek çok hekim ve politikacı, savunmacı tıbbın yalnızca artan sağlık bakım maliyetlerinden değil, aynı zamanda hastaların gereksiz prosedürlerden ciddi zarar görme risklerine maruz kalmasından da sorumlu olduğunu öne sürmektedir. Yirmi yıldan fazla bir süredir birçok hekim, araştırmacı ve hükümet yetkilisi, Amerika Birleşik Devletleri'nde tıbbi malpraktis sisteminin en zarar verici ve maliyetli sonucunun; yanlış tıbbi uygulamadan doğabilecek sorumluluk riski ile ilgili endişeler nedeniyle testlerin, prosedürlerin ve hasta vizitlerinin (ziyaretlerinin) artarda sıralanması veya belirli prosedürlerden veya hastalardan kaçınılması şeklinde gelişen savunmacı tıp uygulaması olduğunu iddia etmektedir.⁴⁹¹

Savunmacı tıp, Amerika Birleşik Devletleri'nde, Birleşik Devletler Senatosunun Office of Technology Assessment (OTA) adlı ofisi tarafından 1993 yılının Eylül ayında yayımlanan bir belgede şöyle tanımlanmıştır: Savunmacı tıp; hekimler, özellikle de tıbbi uygulama hatası sorumluluğuna maruz kalmalarını azaltmak gayesi ile daha fazla test, prosedür veya hasta viziti (ziyaret) uygulamaya başladığında ya da yüksek riskli hastalardan ve prosedürlerden kaçındığında, ortaya çıkar. Hekimler, öncelikle tıbbi uygulama hatası sorumluluğunu azaltmak için ekstra testler veya prosedürler yaptıklarında, pozitif savunmacı tıbbi uygulamaktadırlar. Bazı hastalardan veya prosedürlerden kaçındıklarında ise negatif savunmacı tıbbi uyguluyorlar anlamına gelmektedir.⁴⁹²

Savunmacı tıp, sağlık sistemlerinin yüksek maliyetlerini belirleyen önemli bir güçtür ve doktorların davranışları üzerinde önemli bir etkiye sahiptir, çünkü öncelikle hastanın sağlığını korumak yerine tıbbi malpraktis sorumluluğu ile ilgilenirler. Bu tutum, deontolojik görevlerle uyumlu değildir ve doktorların yargı ve klinik akıl yürütme yeteneğini bozabilir. Savunmacı tıbbi azaltmak, sağlık sistemlerinde kaliteyi arttırmak ve gereksiz maliyetleri ortadan kaldırmak anlamına da gelebilir.⁴⁹³

Savunmacı tıp hakkındaki ilk çalışma Smith tarafından 1970 yılında yapılan ve 1971 yılında yayımlanan “The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive

⁴⁹¹ Laurence R TANCREDI ve Jeremiah A BARONDESS (1978), “The Problem of Defensive Medicine”, *Science*, S. 200 (4344), s. 879-882.

⁴⁹² U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT (1994), *Defensive Medicine and Medical Malpractice*, OTA-H--602 (Washington, DC: U.S. Government Printing Office), s. 13.

⁴⁹³ Umberto GENOVESE, Simona AMATO, Sara DEL SORDO, Francesca MOBİLİA ve Michelangelo B CASALÌ (2014), “Defensive Medicine and Outcomes for Medical Malpractice Liability”, *Ig Sanita Pubbl*, S. 70 (2), s. 235-246.

Medicine” isimli makaledir.⁴⁹⁴ Türkiye’de defansif tıp ile ilgili alandaki ilk basılı bilgi ise 2001 yılında “Adli Tıp” adıyla yayınlanan Prof. Dr. Oğuz Polat’a ait kitapta yer almaktadır.⁴⁹⁵ Sonrasında, Hakeri (2012) defansif tıp; Odabaşı ve Tümer (2006)⁴⁹⁶ ile daha sonraları Mehmet Selçuk, Serkan Çınarlı, Sevinç Arslan-Hızal (2015) çekinik tıp⁴⁹⁷; Sungur (2019) ise savunmacı tıp⁴⁹⁸ kavramlarını kullanmışlardır.⁴⁹⁹

2.2 TIP HUKUKUNA İLİŞKİN BAŞLICA ULUSAL KAYNAKLAR

Türkiye Cumhuriyeti dahilinde, yürürlükteki Anayasa çerçevesinde tıp hukuku alanını düzenleyen çok sayıda kanun, kanun hükmünde kararname (16 Nisan 2017 Anayasa değişikliklerinden önceki dönemde çıkarılmış ve halen yürürlükte olan), tüzük (16 Nisan 2017 Anayasa değişikliklerinden önceki dönemde çıkarılmış ve halen yürürlükte olan), yönetmelik ve isimsiz düzenleyici işlem bulunmaktadır.

Bilindiği gibi anayasamız ve ulusal yasalarımızda da beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı hakkı koruma altına alınmıştır. 1982 Anayasası'nın 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 tabii tutulamaz" denilmektedir. Ayrıca yine hepimizin bildiği, ama bir kez daha hatırlatmak durumunda olduğumuz Anayasa'nın 12, 13, 15, 20, 27, 40, 41, 56 ve 58. maddelerinde de sağlık ve tıpla ilgili değişik hükümlere yer verilmektedir. Anayasa'daki bu temel düzenleme yanında, çeşitli yasalarda da konuya ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Hepimizin yine bildiği gibi, özellikle meslektaşlarımızın çok yakından bildiği gibi Medeni Kanun'un 23, 24. maddeleri, Borçlar Kanunu'nun 41, 45, 47. maddeleri yanında, Türk Ceza Kanunu'nda vücut

⁴⁹⁴ David O SMITH (1971), “The Medical Malpractice Threat: A Study Of Defensive Medicine”, *Duke Law Journal*, C. 1971, s. 939-994.

⁴⁹⁵ Aynur TORAMAN ve İlker Hüseyin ÇARIKÇI (2019), “Defansif Tıbbın Nedenlerinin Hekim Gözüyle Değerlendirilmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, S. 10 (23), s. 40-51.

⁴⁹⁶ Aysun BALSEVEN-ODABAŞI ve Ali Rıza TÜMER (2006), “Çekinik (Defansif) Hekimlik; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Uygulanma Aşamasında Toplum Bekleyen Tehlike”, *Sted*, S.15 (4), s. 55-59.

⁴⁹⁷ Aysun BALSEVEN-ODABAŞI ve Ali Rıza TÜMER 2006, age, s. 55; Mehmet SELÇUK, Serkan ÇINARLI ve Sevinç ARSLAN-HIZAL (2015), “Çekinik (Defansif) Tıp”, *LEGES İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 6, s. 15-48.

⁴⁹⁸ Cuma SUNGUR (2019), “Hekimlerde Tıbbi Hata Suçlamalarına Karşı Savunmacı Tıp Davranışları”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, S. 22 (1), s. 191-206.

⁴⁹⁹ Aynur TORAMAN ve İlker Hüseyin ÇARIKÇI 2019, age, s. 40-51.

dokunulmazlığı hakkını korumaya yönelik hükümler içermektedir. Özellikle 26.9.2004'te kabul edilerek 1.6.2005 günü yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu, tıp ve hekimlikle ilgili çok önemli hükümler getirmiştir. Hekimlik ve tıpla ilgili olan ve ilk kez yeni Türk Ceza Kanunu'nda yer alan kavram ve kurumlarla ilgili maddeleri kısaca şöyle bilgilerinize sunmak isterim: 76. maddede soykırım, 77. maddede insanlığa karşı suçlar, 83. maddede kasten öldürmenin ihmali davranışlarla işlenmesi, 84. maddede intihara yönlendirme, 88. maddede kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi, 90. maddede insan üzerinde deney, 91. maddede organ ve doku ticareti, 122. maddede ayırmacılık, 172. maddede radyasyon yayma, 259. maddede kamu görevlisinin ticareti, 287. maddede genital muayene ile ilgili düzenlemeler vardır. Eski Türk Ceza Kanunu'nda bulunan ve yeni Türk Ceza Kanunu'nda da korunan yine birtakım hükümler vardır. Bunları da kısaca bilgilerinize sunmak istiyorum: 85. Maddede taksirle öldürme, 89. maddede taksirle yaralama, 99. maddede çocuk düşürtme, 101. maddede kısırlaştırma, 136. ve 137. maddeler arasında verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, 195. maddede bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma, 204. maddede resmi belgede sahtecilik, 210. maddede sağlık mensubunun gerçeğe aykırı belge düzenlemesi ve 250, 257. maddelerde düzenlenen ve genel bir düzenleme olan irtikap, rüşvet, görevi ihmal ve 280. maddede sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi biçimindeki hükümler Türk ceza mevzuatında yer almıştır. Tüm bu düzenlemeler, kişinin bedenine sahip olma hakkının hukuki metinlere yansımalarıdır. Böylece kişi, sahip olduğu bu yasal haklarla kendi bedeni üzerindeki hakların korunmasını isteyebilmektedir. Ancak sahip olunan, yasalarla korunan bu haklar üzerinde bazı istisnai durumlarla tasarrufta bulunmak söz konusu olabilmektedir. Kişinin yaşamı üzerinde doğrudan tasarrufta bulunmasına temel olarak izin verilmezken, "belli koşulların varlığı halinde beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığına yönelik olarak yapılan bazı müdahaleler kişilik haklarına aykırı kabul edilemez ve bunun sonucu olarak ceza hukuku tarafından da yaptırımla karşılanamaz" deyip istisnalar getirilmiştir. Beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı hakkının istisnasını oluşturan tıbbi müdahalelerle, hasta hakları kavramıyla sınırlandırılmakta ve disipline edilmeye çalışılmaktadır. Bu bağlamda hasta hakları, sağlık hizmetlerinin olması gereken çağdaş standartlarda ve bilimsel ilkeler ve deneyimler doğrultusunda sunulmasından ibarettir. Bir başka tanımlamayla

hastaların ve hastalıkların belirlenmesinde yani tanı ve teşhis edilen hastalığa en uygun tedavinin uygulanmasında ve onu yaşayan hastanın sağlığına kavuşturulmasında tıp biliminin ortaya koyduğu normların uygulanması ve gerekli titizliğin gösterilmesidir. Bütün bunların tamamı hasta haklarını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla beden bütünlüğü ve vücut dokunulmazlığı hak ve özgürlüğüyle, hasta hakları arasındaki bu dengeyi sağlıklı bir şekilde kurmak gereklidir.⁵⁰⁰

Anayasa m.13 gereği sağlık hakkının sınırlanması ve düzenlenmesi ile sağlık hizmetlerinin hüküm altına alınması yasal düzenlemeler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Söz konusu yasal düzenlemelerin başında Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Hususi Hastaneler Kanunu, Türk Tabipleri Birliği Kanunu, Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu gelmekte ve hatta Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Hasta Hakları Yönetmeliği, Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısı (Malpraktis Kanun Tasarısı), 181, 663, 694 ve 703 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler ile 1 Numaralı ve 4 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri de ulusal mevzuatımızda sağlık hakkı ve sağlık hizmetleri hakkındaki düzenlemeler olarak önem arz etmektedir.⁵⁰¹

Bununla birlikte, doğrudan doğruya tıbbi uygulama hataları, sağlık meslek mensuplarının hukuki ve cezai sorumluluk alanlarını düzenleyen bir kanun ülkemizde yoktur. Önceki yıllarda bu konuda yasal düzenleme yapılmak istenmiş ve bir kanun tasarısı hazırlanmış olmakla birlikte, bu tasarı o dönemde kanunlaşmamıştır. Dolayısıyla, sağlık meslek mensuplarına ilişkin tıbbi malpraktis iddiaları ve bunun sonucuna bağlanan ceza ve tazminat sorumluluğu hususları yürürlükteki genel mevzuat (Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, vb.) çerçevesinde yürütülmektedir. Hatırlanacağı üzere, Sağlık Bakanlığı, 2000 yılı ilkbaharında “Tıbbi Yanlış Uygulama (Malpraktis) Kanunu Tasarısı” adıyla anılan bir kanun tasarısını ilgililere sundu. Yine 2000 yılının Eylül ayı başında ise tasarı son şekli verilmek suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne (TBMM) iletildi. 2001 yılı içinde TBMM’de bekleyen tasarılar arasında "Tıbbi Hizmetlerin Kötü

⁵⁰⁰ Özdemir ÖZOK (2008), “Tıp Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu”, 28 Şubat-1 Mart 2008). 1. Baskı, Ankara, *Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 142*, s. 3-8.

⁵⁰¹ Simge DEMİR-BAYRAM 2020, age, s. 455-492.

Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı" adı altında bulunduğu görölr. Ancak bu tasarı o dönemde yasalasmamıştır. Aradan yıllar geçtikten sonra, 21. 07. 2020 tarihinde Kahramanmaraş milletvekili Prof. Dr. Sefer Aycan tarafından “Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Teklifi” yeniden TBMM Başkanlığı’na verilmiştir. Fakat kısa süre sonra bu teklif geri çekilmiş ve yasalasması söz konusu olmamıştır. Tıbbi uygulama hataları ve bunlardan doğan ceza ve tazminat sorumlulukları sahasını düzenleyecek bir kanuna ihtiyaç olup olmadığı meselesi halen ilgili çevreler tarafından tartışılmaya devam etmektedir.

Çavuşoğlu’na göre; bir kısım mevzuat ve ölkemiz kabul edilen uluslararası sözleşmelerle hasta haklarının önemine dikkat çekilmekteyse de hekimler açısından yeterli yasal düzenlemenin bulunmayışı başka bir önemli husustur. Tıbbi müdahaleler açısından ulusal mevzuatta getirilen düzenlemelerde hasta haklarının sınırının net bir şekilde belirlenememiş olması, hekimlere ağır yükümlölükler getirilmesi ve bu yükümlölüklerin yeterli yasal dayanağa oturtulamamış olması tıbbi müdahaleden kaynaklanan hukuk ve ceza davalarında belirsizlikler yaratmaktadır.⁵⁰²

Bu bölümde, tıp hukuku alanında düzenlemeler içeren mevzuatın sadece konumuzla daha yakından ilgisi olan, belli başlıları hakkında kısa bilgi verilecektir.

2.2.1 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

İnsan hakları hukukunun en önemli ve temel konusu yaşama hakkıdır. Yaşama hakkı, tüm kişilik haklarının ilki, özü/temeli ve ilk şartı niteliğindedir.⁵⁰³ Yaşama hakkı, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi ve devam ettirebilmesi, varlığını sona erdirmeye yönelik çeşitli etkenlere karşı koyma hak ve yetkilerini ifade etmektedir.⁵⁰⁴ İnsan haklarıyla ilgili bütün uluslararası sözleşmelerde ve birçok ölkenin anayasasında bu hakkın güvence altına alındığı görölmektedir. Ölkemizde de tıbbi müdahale ve tıp hukukunun iç hukukumuzdaki kaynaklarının başında 1982 Anayasası’nın⁵⁰⁵ kişi haklarına ilişkin ilk maddesi olan 17. maddesi gelmektedir. Bu maddede, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve

⁵⁰² Dilek ÇAVUŞOĞLU 2018, age, s. 23.

⁵⁰³ Oktay BAHADIR (2009), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 3.

⁵⁰⁴ Köksal BAYRAKTAR 1972, age, s. 13.

⁵⁰⁵ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), Anayasa, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, ET. 05.02.2021

geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” denilmiştir.⁵⁰⁶ Türkiye tarafından da imzalanan ve onaylanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 2. maddesinde de yaşama hakkı koruma altına alınmıştır.⁵⁰⁷

Anayasa’nın 56. maddesi, “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini 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.” hükmünü sevk etmiştir. Bu hüküm ile, kanun koyucu, sağlık hakkına, sağlık ile çevrenin ilişkisine vurgu yapmakta ve sağlığın korunmasına yönelik olarak devlete ödev olarak yüklemektedir.

2.2.2 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un (TŞSTİDK), yayımlandığı Resmî Gazete tarihi: 14/4/1928 ve sayısı: 863’tür. Kanun, altı fasıl altında düzenlenmiş toplam 82 maddeden müteşekkildir. Kanun’un “Tabipler” başlığını taşıyan birinci faslında hekimlik mesleğinin icrası için sahip olunması gereken nitelikler düzenlenmiştir. Kanun’un “Diş Tabipleri” başlığını taşıyan ikinci faslında diş hekimliği mesleğinin ifası ve görev alanına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Aynı şekilde “Ebeler” başlığını taşıyan üçüncü fasılda ve “Hastabakıcı Hemşireler” başlığını taşıyan beşinci fasılda söz konusu mesleklerin ifasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Kanun’un “Sünnetçiler” başlığı altında düzenlemelerin yer aldığı dördüncü fasıl hükümleri 02.01.2014 tarih ve 6514 Sayılı Kanun’un 26’ncı maddesi hükmü ile mülga edilmiştir. “Ahkamı Umumiye” başlığı

⁵⁰⁶ Ahmet ER, Ömer TOPAÇ ve Serap KAYGUSUZ 2021, age, s. 26.

⁵⁰⁷ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 42-43.

altında düzenlenen altıncı fasılda ise genel hükümlere yer verilmiştir.⁵⁰⁸ Kanunun, 13 geçici maddesi ve 15 ek maddesi bulunmaktadır.

Kanunun birinci maddesi kimlerin Türkiye’de hekimlik yapabileceğini şu şekilde ifade etmektedir: “Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.”

21.01.2010 tarih ve 5947 Sayılı Kanun’un 8’inci maddesi ile 1219 Sayılı Kanun’a getirilen Ek Madde-12 ile hekimler açısından mesleki sorumluluk sigortası zorunluluğu getirmiştir. Mesleki sorumluluk sigortası yaptırmayan hekimler açısından idari para cezası öngörülmüştür.⁵⁰⁹

2.2.3 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun (UHK)⁵¹⁰ yayımlandığı Resmî Gazete tarihi: 6/5/1930, sayısı: 1489’dur. Kanun toplam 309 maddeden müteşekkildir.

Kanunun birinci maddesi şu şekildedir: “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 hizmetlerindedir.” Görüldüğü üzere, bu madde ile, ülkenin sağlık koşullarının iyileştirilmesi ve ulusun sağlığına zarar veren bütün sebepler ile mücadele etmek devlet hizmeti olarak ifade edilmektedir.

⁵⁰⁸ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), “Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun”, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1219.pdf>, ET. 08.02.2021

⁵⁰⁹ Dilek ÇAVUŞOĞLU 2018, age, s. 25. (1219 Sayılı Kanun’un ek 12’nci maddesi: “Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Bu sigorta priminin yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası, mesleklerini serbest olarak icra edenlerin kendileri, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için ilgili özel sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılır. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigorta primlerinin yarısı kendileri tarafından, yarısı istihdam edenlerce ödenir. İstihdam edenlerce ilgili sağlık çalışanı için ödenen sigorta primi, hiçbir isim altında ve hiçbir şekilde çalışanın maaş ve sair malî haklarından kesilemez, buna ilişkin hüküm ihtiva eden sözleşme yapılamaz. Zorunlu sigortalara ilişkin teminat tutarları ile uygulama usul ve esasları Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir. Bu maddedeki zorunlu sigortaları yaptırmayanlara, mülki idare amirince sigortası yaptırılmayan her kişi için beş bin Türk Lirası idari para cezası verilir.”)

⁵¹⁰ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), “Umumi Hıfzıssıhha Kanunu”, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1593.pdf>, ET. 08.02.2021)

Kanunun ikinci maddesi ise “Umumi sıhhat ve içtimai muavenet hizmetlerine ait Devlet Vazaiî Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti tarafından ifa ve hususi idarelerle belediyelere ve sair mahalli idarelere bırakılan hizmetlerin sureti icrası murakabe olunur. Milli Müdafaa teşkilatına ait sıhhi işler müstesna olmak üzere bütün sıhhat ve içtimai muavenet işlerinin mercii ve murakıbu bu Vekalettir.” şeklindedir ve sağlık ve sosyal yardım hizmetlerinin, Milli Savunma teşkilatına ait kısmı hariç, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından yürütüleceği belirtilmektedir.

1593 Sayılı Kanun’un 57’nci maddesinde bazı hastalıkların bulunduğu şüphesinin varlığında bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Kanun’un 72, 73, 74 ve 75’inci maddelerinde salgın hastalıklarla mücadele için rıza bulunmasa dahi tıbbi müdahale yapılmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Kanun’un 88 ve 90’ıncı maddeleri çiçek aşısını zorunlu kılmıştır. Yine 101’inci madde trahomla mücadelede, 119’uncu maddesi de verem hastalığı durumlarında tedaviyi mecburi tutmuştur. Söz konusu hükümlerin tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için gerekli kabul edilen “bilgilendirilmiş rıza” unsuruna istisna getirdiği söylenebilir.⁵¹¹

2.2.4 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Türk Ceza Kanunu’nun (TCK)⁵¹² yayımlandığı Resmî Gazete tarihi: 12/10/2004, sayısı: 25611’dir. Kanun, iki kitaptan oluşmaktadır. Toplam 345 maddeden ibarettir.

Kanunun hemen hemen 37 maddesi, hekimlerin ve sağlık meslek mensuplarının işleyebilecekleri muhtelif suçlara uygulanabilecek hükümler içermektedir.⁵¹³

Tez konumuz ile doğrudan ilgili olarak TCK içerisinde çok sayıda madde yer almaktadır. Bunlar arasında, kanaatimce, m.83, m.88, m.97, m.98, m.257, m.280 ilk sıralarda sayılması gerekenlerdir.

⁵¹¹ Dilek ÇAVUŞOĞLU 2018, age, s. 26.

⁵¹² MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), “Türk Ceza Kanunu”

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237-20140302.pdf>, ET. 06.02.2021

⁵¹³ Ali TÜRKMEN 2013, age, s. 26.

2.2.5 10436 Numaralı Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin (TDN)⁵¹⁴ yayımlandığı Resmî Gazete tarihi: 19.2.1960, numarası: 10436'dır. Dört kısım altında toplam 42 maddeden oluşmaktadır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 1. maddesinde; tabip ve dış tabiplerinin deontoloji bakımından riayetle mükellef oldukları kaide ve esaslar gösterilmiş; 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 7. maddesi mucibince tabip odalarına kayıtlı bulunan tabip ve dış tabiplerinin, bu Nizamname hükümlerine tabi oldukları belirtilmiştir. Anılan tüzüğün ikinci maddesinde; tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesinin, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermek olduğu; tabip ve dış tabibinin; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükellef olduğu hüküm altına alınmış; tüzüğün takip eden maddelerinde ise; tabip ve dış tabiplerinin deontoloji bakımından uymak zorunda oldukları umumi kaide ve esaslar, meslektaşların hastaları ile münasebetleri, meslektaşların birbiri ile ve paramedikal meslek mensupları ile münasebetleri ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.⁵¹⁵

Madde: 2 ve 3, hekimler ve dış hekimlerinin tıbbi faaliyetleri esnasında uymaları gereken son derece önemli hükümler getirirken, nizamnamenin diğer maddeleri de deontolojik anlamda hekimlik ve dış hekimliği mesleğini ilgilendiren deontolojik kaideler içermektedirler. Madde: 2, hiçbir ayırım yapmaksızın hekimin hastaya hizmet sunması gerektiğini karar altına almaktadır. Buna göre; tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir. Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir. Madde: 3 ise, acil hallerde hekimin hastaya ilk yardımda bulunma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Buna göre; tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur. Dış tabibi de kendi sahasında aynı mükellefiyete tabidir, şeklinde bu kaide ifade edilmiştir.

⁵¹⁴ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), "Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi", <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf>, ET. 05.02.2021

⁵¹⁵ Ahmet ER, Ömer TOPAÇ ve Serap KAYGUSUZ 2021, age, s. 30.

2.2.6 23420 Sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin (HHY)⁵¹⁶ yayınlandığı Resmî Gazete tarihi: 01.08.1998 ve sayısı: 23420'dir. Yönetmelik, 9 bölüm başlığı içinde toplam 51 maddeden müteşekkildir. 2014 yılında kapsamlı değişiklikler yapılarak güncellenmiştir. Sağlık hakkı gibi soyut bir kavramın somut olarak ortaya konulması ve uygulamaya sokulması bu yönetmelik sayesinde olmuştur.

Hasta hakları konusunda, ülkemizde, adı geçen yönetmeliğin 1998 yılında kabulünden önce hiçbir düzenlemenin bulunmadığı şeklinde bir anlam çıkmamalıdır. Türkiye'de gerek 1928 tarihli "Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun" içerisinde gerekse 1960 tarihli "Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi" içerisinde çeşitli maddelerde bazı hasta haklarına yer verilmişti. Ancak, bahsi geçen mevzuatımızda "hasta hakları" tabiri hiç geçmiyordu. Takdir edilir ki, hasta hakları kavramının İkinci Dünya Savaşı yıllarından sonra ortaya çıktığı ve dünya çapında ilk kez 1981 yılında Dünya Tabipler Birliği (World Medical Association) tarafından yayınlanan Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi ile genel bir ilanının söz konusu olduğu kabul edilirse, eski tarihli mevzuatımızda bu tabirin neden geçmediği kolaylıkla anlaşılacaktır.

Hasta Hakları Yönetmeliği 01.08.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik, hukukumuzda hasta haklarının düzenlendiği en kapsamlı mevzuattır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin birinci maddesi "Amaç" başlığını taşır ve "Bu Yönetmelik; temel insan haklarının sağlık hizmetleri sahasındaki yansımaları olan ve başta Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda, diğer mevzuatta ve milletlerarası hukuki metinlerde kabul edilen hasta haklarını 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 haklarından faydalanabilmesine, hak ihlallerinden korunabilmesine ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını fiilen kullanabilmesine dair usul ve esasları düzenlemek amacı ile hazırlanmıştır." şeklinde amacını açıkça ortaya koyar.⁵¹⁷

⁵¹⁶ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), "Hasta Hakları Yönetmeliği", <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>. ET. 05.02.2021

⁵¹⁷ Dilek ÇAVUŞOĞLU 2018, age, s. 26. (Hasta Hakları Yönetmeliği m.1: "Bu Yönetmelik; temel insan haklarının sağlık hizmetleri sahasındaki yansımaları olan ve başta Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda, diğer mevzuatta ve milletlerarası hukuki metinlerde kabul edilen "hasta hakları"nı

2.2.7 Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları

Türk Tabipleri Birliği'nin (TTB) 47. Büyük Kongresinde (10-11 Ekim 1998) kabul edilmiştir. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının⁵¹⁸ yayın tarihi: 01.02.1999, son güncellenme tarihi ise 11 Ocak 2021'dir. Yedi bölüm başlığı altında sıralanmış toplam 47 maddeden oluşmaktadır.

Giriş paragrafı şu şekildedir: "Kendilerini her zaman dünya hekimliğinin bir parçası olarak gören; Türkiye Cumhuriyeti toprakları üzerinde ulusal, evrensel ve çağdaş bir sorumluluk ve hizmet anlayışına sahip bulunan, hekimlik mesleğinin, içinde yer aldığı toplumsal ve kültürel koşullardan soyutlanmayacağına bilinci ile insanın sahip olduğu olanakları geliştirebilmesinin en temel koşulunun onun bedensel ve ruhsal sağlığı olduğunun bilincini taşıyan bu ülkenin hekimleri; dünyadaki ve Türkiye'deki toplumsal ve bilimsel değişimler göz önünde bulundurularak ve çeşitli platformlarda tartışılarak oluşturulan Hekimlik Meslek Etiği Kurallarına bağlılıklarını bildirmekle, insana insan olarak hizmet etmenin yüce onurunu taşırlar."

Türk Tabipleri Birliği tarafından çıkarılan Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının ikinci maddesinde; Türkiye'de hekimlik yapma hakkını kazanmış olup mesleğini uygulayan tüm hekimlerin Hekimlik Meslek Etiği Kuralları kapsamında olduğu, üçüncü maddesinde; bu kuralların 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 59/g maddesinde geçen "hekim" deyiminin "tıp doktorlarını" ifade ettiği belirtilmiştir. Aynı zamanda, Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının "Hekimin Görev ve Ödevleri" başlıklı beşinci maddesinde; hekimin öncelikli görevinin, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gereklilikleri yerine getirerek hastalıkları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumak olduğu, meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesinin de hekimin öncelikli ödevi olduğu, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için hekimin gelişmeleri yakından izlediği belirtilirken; "Etik İlkeler" başlıklı altıncı maddede ise, hekimlerin görevlerini yerine

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 usul ve esasları düzenlemek amacı ile hazırlanmıştır.")

⁵¹⁸ TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ (2021), "Hekimlik Meslek Etiği Kuralları",

https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf. ET. 05.02.2021

getirirken uymaları gereken evrensel tıbbi ilkelerin yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkeleri olduğu kabul edilmiştir.⁵¹⁹

2.3 TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

Tıbbi müdahalelerin bireyler üzerinde yaratabileceği muhtemel olumsuz etkiler dolayısıyla, tıbbi müdahale yetkisi sadece sağlık personeline (esas itibarıyla hekime) verilmiştir. Böylece bireyin ve dolayısıyla da toplumun korunması amaçlanmıştır. Bireyin tıbbi müdahale konusunda -acil durumlar hariç- hekim veya sağlık personeli dışında bir kimseye yetki vermesi geçersizdir. Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu için üç şart aranacaktır. Bunlar: Tıbbî müdahalenin yetkili kişiler tarafından uygulanması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması ve hastaya müdahale ederken tıp mesleğinin gerektirdiği kurallara ve özen yükümüne uygun davranılmasıdır.⁵²⁰ Bazı yazarlar bunu dört madde olarak ifade etmektedirler. Başka bir ifadeyle; tıbbi müdahaleler, hastanın aydınlatılması, rızasının alınması, müdahalenin tıp biliminin genel kurallarına uygun olması, teşhis ve tedavi amacıyla yapılması koşuluyla hukuka uygun hale gelmektedirler.⁵²¹⁻⁵²²⁻⁵²³⁻⁵²⁴⁻⁵²⁵ Kanaatimce, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarının dört başlık altında toplanması daha açık ve anlaşılır bir yaklaşım olarak görünmektedir ki biz de burada o şekilde ele alacağız.

2.3.1 Hekim Olmak

“Hekim”, Arapça “Ha-ke-me” kök sözcüğünden türemiş bir kelime olup, asıl kök anlamı “akıllı” ve “becerikli” demektir. Tanrı'nın sıfat isimlerinden bir olan “Hakîm”, bir yandan hikmet ve felsefeyle meşgul olan kimse, diğer yanda “Tabip” anlamında kullanılmaktadır. Sözcük, Türkçe’de hikmet ehli anlamında kullanılırken

⁵¹⁹ Ahmet ER, Ömer TOPAÇ ve Serap KAYGUSUZ 2021, age, s. 30-31.

⁵²⁰ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 188.

⁵²¹ Mehmet KAYA (2012), “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, S. 100, s. 45-82.

⁵²² Şevkiye Berfin IŞIK-YILMAZ (2012), “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *TBB Dergisi*, S. 98, s. 389-410.

⁵²³ Burcu G ÖZCAN, Çağlar ÖZEL (2007), “Kişilik Hakları- Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, S. 10 (1), s. 49-73.

⁵²⁴ Nejdet ŞATIR (2015), Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, *Yetkin Yayıncılık*, Ankara, s. 15.

⁵²⁵ Büşra ŞAHİN ve Özgü ALCALI (2020), “Defansif Tıp Kavramı ve Defansif Tıbbi Uygulamaların Hekimin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, S. 41 (11), s. 483-510.

“Hakîm” olarak, tabip anlamında kullanılırken “Hekim” biçiminde telaffuz edilmektedir.⁵²⁶ Bir Türkçe sözlükte ise, hekim, insanlardaki hastalıkları tanıyan ve onları ilaçlarla ya da kimi araçlarla sağaltan, hekimlik öğrenimi görmüş kimse olarak tanımlanmıştır.⁵²⁷ Hekim, tıp mesleğini icraya yetkili olan kişidir. Tıp mesleğini icra eden kişi ile ilgili doğru kavram “hekim” kavramı olmakla birlikte, aslında bir bilim dalında uzmanlığa işaret eden “doktor” kavramını kullanmak, toplumda genel kabul gören bir terim olması nedeniyle tercih edilebilmektedir.⁵²⁸

“Tabip” sözcüğü de Arapça’dır. Sözlükte, maharetli ve hâzik olmak, hekimlik yapmak, tedavi etmek, ıslah etmek ve sağlamlaştırmak anlamlarına gelen “Tab-be” kök sözcüğünden türetilen “Tabip” kavramı “Hekim” kavramı ile eş anlamlıdır. Çoğulu Etibba’dır. Aynı asıldan gelen tababet (doğru telâffuzu Tıbâbet) tabiplik demektir.⁵²⁹

“Sağaltman”, öz Türkçe bir sözcüktür ve sözlükte şu şekilde tanımlanmıştır: “İnsanlardaki sayrılıkların ne olduğunu anlayan ve onları ilaçlarla ya da birtakım araçlarla iyileştiren kimse, hekim.”⁵³⁰

Türk mevzuatı, Türkiye’de hekimlik mesleğini icra edebilmek için birtakım şartlar öngörmüştür. Başlıca koşullar şunlardır: Türk vatandaşı olmak (Bu koşul 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı KHK’nın 58. maddesi ile kaldırılmıştır), tıp fakültesi diplomasına sahip olmak, tabip odasına kayıtlı olmak ve hekimlik mesleğini yapmaya engel hali bulunmamaktır.

2.3.2 Hastanın Bilgilendirilmiş (Aydınlatılmış) Rızası

Hekim müdahalesinin esasen yaralama kabul edilmesi ve diğer koşullarla birlikte hastanın rızasının mevcudiyeti durumunda müdahalenin hukuka uygun sayılması dolayısıyla, tıp hukuku alanında hastanın rızası büyük bir pratik önem kazanmış bulunmaktadır. Hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisi bulunduğuna göre, hastanın rızası olmadan bir sözleşme ilişkisinin varlığından da bahsetmek mümkün olmayacaktır. Tıbbi müdahaleye verdiği rıza ile hasta, risklere ilişkin bir aydınlatma sonrasında, kurallara uygun yapılan bir tıbbi müdahalede de istenmeyen

⁵²⁶ Ali TÜRKMEN 2013, age, s. 36-37.

⁵²⁷ Ali PÜSKÜLLÜOĞLU 2004c, age, s. 618.

⁵²⁸ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 53.

⁵²⁹ Mevlüt SARI (1982), *El-Mevarid Arapça Türkçe Sözlük*, İstanbul, s. 911-912, Aktaran Ali TÜRKMEN 2013, age, s. 36-37.

⁵³⁰ Ali PÜSKÜLLÜOĞLU 2004b, age, s. 379.

sonuçların meydana gelme riskini üstlendiğini, bu çerçevede artık "kendi sorumluluğunun bilincinde olarak, tehlikeli bir eylemi kabullenmiş bir kişi" olduğunu açıklamış olmaktadır. Rıza, vücudun yaralanmalara karşı mutlak olarak korunmasından vazgeçilmesi anlamına gelmektedir.⁵³¹ Yargıtay bir kararında şu saptamada bulunmuştur: "Kişiler, kendi vücutları üzerinde ayrıık durumlar hariç, ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrıılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir."⁵³²

Tıbbî müdahale kavramı hem tıp biliminin hem hukukun hem de etiğin konusunu oluşturan disiplinler arası bir kavramdır. Her tıbbî müdahalenin kural olarak hukuka aykırı olması ve hekimin sorumluluğunu gerektirmesi, tıbbî müdahale kavramını hukukun konusu haline getirmiştir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü ise, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından belirleyici bir role sahiptir.⁵³³

Bilgi, bir konuda karar verecek olan kişinin muhtaç olduğu en önemli veridir. Hastanın kendisine uygulanacak tıbbi girişimlere izin verebilmesi için, bu girişime

⁵³¹ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 267.

⁵³² Y4HD, E: 1976/6297, K: 1977/2541, T: 7.03.1977, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWInEsBd88JGeUX6Wy3w40dqA~&=0.1409091363699171>. ET. 10.01.2023 "Kişiler kendi vücutları üzerinde ayrıık durumlar hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbî müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrıılmamak gerekir. Tıbbî müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir. Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, (Bayraktar Age 125 vd.) bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarladır ki ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır. (Bayraktar -Age 79-80 ve orada anılan eserler) Hatta C. Musotto; daha ileri gitmekte ve "kişi, sosyal fonksiyonlarını önemli ölçüde aksatacak müdahalelere razı olmak yetkisine sahip değildir" demek suretiyle 3. bir şart öngörmektedir. (Bayraktar Age-80, dip not 64; 104) Rızanın geçerli sayılabilmesi için ayrıca, tıp mesleğinin bu çeşit müdahalelere cevaz vermesi yani bu konuda bir müdahaleye hekimin hakkı olması gereklidir. (Çetin Özek agm 455). Nitekim Umumi Hıfzısıhha Kanununun 70. maddesinde de rızanın aranacağı ilke olarak belirtilmiştir. O halde yukarıdaki açıklamalardan çıkan sonuca göre; hastanın rızası ve hekimin tıbbî müdahalede bulunma hak ve görevine sahip oluşu, sonucu ne olursa olsun tıbbî müdahalenin hukuku uygun olduğunun kabulünü gerektirmez. Türk hukukunda da kabul edilen ve yukarıda kısaca değinilen karma görüşe göre; Hekim sağlıkla ilgili fiillerde, rızayı sağladıktan sonra tıp biliminin sınırları içinde hareket etmek yükümlülüğü altındadır ve hastanın rızasının kapsamına bağlı bulunmamaktadır."

⁵³³ Mine KAYA (2012), "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", *TBB Dergisi*, S. 100, s. 45-82.

neden gerek duyulduğuna, girişim yapılmadığı ve yapıldığı takdirde ortaya çıkabilecek ve sağlığını etkileyecek sonuçların neler olduğuna ilişkin olarak yeterli düzeyde bilgilendirilmiş olmalıdır. Bu nedenle bilgilendirme veya aydınlatma hususu, iradenin geçerliliği için bir ön koşul niteliğindedir.⁵³⁴

Tıbbi girişimin hukuka uygun sayılması için hastanın rızası şarttır. Hastanın rızasının hukuken geçerli olması da aydınlatılmış rızasının alınmış olmasına bağlıdır.⁵³⁵ Tıbbi müdahale öncesi hastanın rıza gösterdiği hususun ne olduğunu bilme hakkı mevcuttur. Bu kapsamda hekim tarafından rızanın içeriğini oluşturan konularda yeterli düzeyde aydınlatılması ve hastanın, rızanın içeriğini duraksamasız bir biçimde anlaması sağlandıktan sonra alınan rızası hukuken geçerli kabul edilecektir. Tıbbi müdahale öncesi alınan rızanın hastanın yeterli düzeyde aydınlatılması sonucu alınmış olması, en temel hasta haklarından ve bu bağlamda hekimin en temel vazifelerinden birisidir.⁵³⁶ Hastanın kendi vücudu üzerindeki hakları, vücut üzerinde yapılmak durumunda olan tıbbi müdahalenin, ancak hastanın rızasıyla yapılabilmesini gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla hastanın rızası hem özel hukuk hem de ceza hukuku açısından önemli bir hukuka uygunluk nedenidir. Hastanın açık ve doğrudan rızası olmasa dahi muhtemel (varsayılan) rızası, kanuni temsilcisinin veya mahkemenin rızası bulunmalıdır. Ancak hastanın rızasının da geçerli olabilmesi için, hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesi gerekir, bu konuda yanılmaması gerekir. Bunun sağlanabilmesi de ancak hastanın aydınlatılması suretiyle mümkün olur.⁵³⁷ Hekimin hastaya uygulayacağı her türlü müdahalenin kural olarak hukuka aykırı olduğu düşünüldüğünde, rızanın alınmasının önemi daha da iyi anlaşılacaktır. Bazen aydınlatma yerine getirilmesinden sonra hasta ile hekim arasında akit kurulabildiğinden, aydınlatma yükümlülüğü, sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasındaki ilişkiler içerisinde de değerlendirilebilir. Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, hastalığın tanımlanması, uygulanacak tedavi ve başarı şanslarının ortaya konulması, oluşabilecek risklerin ve tedavi sonrası alınacak önlemlerin açıklanması, hastanın var olan tereddütlerinin giderilmesi ve tedavinin mali boyutlarına yönelik aydınlatmada bulunulması, çoğu zaman hasta ile hekim

⁵³⁴ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 147.

⁵³⁵ Age, s. 91.

⁵³⁶ Ahmet ER, Ömer TOPAÇ ve Serap KAYGUSUZ 2021, age, s. 266.

⁵³⁷ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 201.

arasındaki tedavi ve teşhis sözleşmesinin kurulmasında önemli bir rol oynayabilmektedir.⁵³⁸

Hukukumuzda aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen genel bir kanun hükmü mevcut olmaması karşısında, aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal dayanağını 1982 Anayasası'ndan aldığını söylemek mümkündür. Anayasa'nın 17. maddesine göre; "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz". Türk Medeni Kanunu (TMK) madde 24/2'ye göre ise; "Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır". Yaşama hakkına, sağlık hakkına ve vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler yasak olmakla beraber, bu müdahaleler belirli şartların varlığı halinde hukuka uygun olarak kabul edilecektir.⁵³⁹⁻⁵⁴⁰ Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından 03.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı yasa (Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun) ile uygun bulunup onaylanan ve bu itibarla 1982 Anayasasının 90. maddesi gereğince bir iç hukuk metni haline gelen Biyotıp Sözleşmesi, "Muvafakat" başlıklı 5. maddesinde, şöyle demektedir: "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."⁵⁴¹

⁵³⁸ Hasan Seçkin OZANOĞLU 2003, age, s. 55-77.

⁵³⁹ Mehmet AYAN (1991), *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Yayınları, Ankara, s. 73.

⁵⁴⁰ Munise Gülen KURT (2020), "Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam", *TBB Dergisi*, S. 146, s. 187-218.

⁵⁴¹ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. Bu Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanmış; Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından da 03.12.2003 tarihinde onaylanmış ve buna dair Kanun, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" ad ve 5013 Kanun numarası ile 9 Aralık 2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>. ET. 14.12.2020

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (1219 Sayılı Kanun) 70. maddesinde şu hükmü sevk etmiştir: “Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliye-i 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.)⁵⁴² Buna göre, hastanın, kendisine uygulanacak tıbbi müdahale veya verilecek ilacın etkileri ve yan etkileri konusunda bilgilendirilmek suretiyle onamının alınması zorunlu kılınmıştır. Ayrıca, HHY 4. maddesinin 1-ğ fıkrasında bilgilendirmenin tanımını da şu biçimde yapmıştır: “Bilgilendirme: Yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesini,” ifade eder. Aynı yönetmeliğin 15. Maddesinde ise bilgilendirmenin kapsamı şöyle belirlenmiştir: “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,- 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.”⁵⁴³

Hasta, küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinden izin alınır. Velisi veya vasisi bulunmadığı ya da hazır olmadığı veyahut irade beyanında bulunma gücünün bulunmadığı hallerde bu şart aranmaz. Tıbbi müdahalenin gerekliliğine rağmen kanuni temsilcilerinin muvafakat etmediği hallerde küçük ya da kısıtlı konumdaki hastaya müdahale hâkim kararına bağlıdır. Kanuni temsilciden izin veya mahkemeden kararın alınması, süreci uzatacaksa, buna karşın müdahale ivedilik arz ediyorsa, izin ya da karar şartı aranmaz.⁵⁴⁴

⁵⁴² MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), “Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun”, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1219.pdf>. ET. 08.02.2021

⁵⁴³ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), Hasta Hakları Yönetmeliği, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>. ET. 05.02.2021

⁵⁴⁴ Ali TÜRKMEN 2013, age, s. 70-71.

Aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen hekimin mesleki kusurunun bulunduğu kabul edilmekte, aynı zamanda bu yükümlülüğün ihlal edilmesi, hasta ile hekim arasındaki vekalet sözleşmesine aykırılık teşkil ettiği gibi, haksız fiil hükümleri açısından da kişilik haklarının ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.⁵⁴⁵⁻⁵⁴⁶

2.3.3 Tıbbi Endikasyon (Tıbbi Gereklilik)

Endikasyon (indication), kişiye tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için varlığı gerekli olan temel unsur olarak tanımlanabilir. Bir kimseye tedavi uygulanabilmesinin ön şartı olarak o kişide tedavi gerektirecek bir hastalığın bulunması gerekmektedir. Endikasyon, hasta açısından olası yarar ve risklerin birlikte değerlendirilmesi suretiyle uygun görülen, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için aranan bir neden veya durumdur. Bu kapsamda kişide tedavi uygulanmasını gerektirecek bir hastalığın varlığı halinde endikasyonun varlığından söz edilecektir. Tıbbi gereklilik olarak da anlamlandırılabilir olan endikasyon bulunmamasına rağmen kişiye tıbbi müdahalede bulunulması hekim ve/veya sağlık personelinin hukuki ve cezai sorumluluğunu doğurabilecektir. Kanaatimizce tıp bilimini kurallarına göre uygulamakla yükümlü olan hekim, endikasyon bulunmadığı müddetçe tıbbi müdahaleden kaçınmakla yükümlüdür. Bu sebeple endikasyonun varlığı hukuka uygunluk açısından ön koşul olarak kabul edilebilir. Bu kapsamda da endikasyon (tıbbi gereklilik) bulunmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler de kasten yaralama suçu teşkil edecektir.⁵⁴⁷

“Tıbbi gereklilik” adı da verilen “Endikasyon”; tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları arasında yer almaktadır. Hekim ya da diğer sağlık mesleği mensubu kişiler tarafından icra edilen tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, tıbbi müdahalenin tıbbi gerekliliğe dayalı olarak, aynı zamanda tıp biliminin güncel veri ve standartları kapsamında özen yükümlülüğüne uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi gerekir.⁵⁴⁸ Kısaca söylemek gerekirse, tıbbi gereklilik, bir tıbbi girişimin tıp bilimi verileri açısından gerekli veya zorunlu görülmesidir. Diğer

⁵⁴⁵ Ahmet ER, Ömer TOPAÇ ve Serap KAYGUSUZ 2021, age, s. 287.

⁵⁴⁶ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 164.

⁵⁴⁷ Dilek ÇAVUŞOĞLU 2018, age, s. 11-12.

⁵⁴⁸ Ahmet ER, Ömer TOPAÇ ve Serap KAYGUSUZ 2021, age, s. 334.

bir anlatımla tıbbi gereklilik, tıbbi yardım veya müdahalede bulunmanın haklı sebebidir.⁵⁴⁹

Endikasyon kavramı kimi durumda “tıbbi zorunluluk” veya “tıbben uygulanabilirlik” anlamında kullanılmaktadır. Söz gelimi, trafik kazası geçirmiş, bilinci yerinde olmayan ve derhal müdahale edilmediğinde yaşamını veya bir organını yitirme tehlikesi bulunan bir hasta yönünden tıbbi girişimde bulunulması tıbbi zorunluluk olarak ifade edilir. Buna karşın kanser hastalığının son evrelerinde olup tedavi olanağı bulunmamakla birlikte ciddi ağrılar çeken hastaya acılarını azaltmak için morfin verilmesi (morfinin artan dozlarının ölümü hızlandırabileceği durumda bile) tıbben uygulanabilir, hasta için yararlı bir yöntemdir. Benzer şekilde karın ve basen bölgesindeki yağlanma nedeniyle liposuction (yağların emilerek çıkarılması) yapılması kimi hasta yönünden tıbben gerekli, kimisi için de tıbben uygulanabilir bir usuldür. Bununla birlikte hastanın çok ileri bir yaşta olmayışı, beslenme-hareket düzeni içinde sonuç alabileceği göz önünde tutulduğunda bu usulün zorunlu veya tıbben gerekli olduğu söylenemeyebilir. Fakat uygulama sonuçları ve hukuka yansımaları gözetildiğinde verilen örnekteki bir durumda liposuction yapılmasının hukuka aykırı değerlendirilmediği, kişinin yaşam konforunu arttırması nedeniyle yararlı kabul edildiği görülmektedir.⁵⁵⁰

Bir olayda tıbbi gerekliliğin/endikasyonun var olup olmadığının da tıp bilimi ve mesleğinin verileri açısından değerlendirilmesi gerekir. Müdahaleye gerek olup olmadığı tıbben değerlendirilirken, hastanın yaşama hakkı ve sağlığı gözetilir ve müdahale ile elde edilmesi beklenen sonucun sağlığı yönünden daha olumsuz olmaması esastır. Belirtmek gerekir ki tıbbi gerekliliğin varlığı araştırılırken, o tarih itibarıyla tıp biliminin ulaştığı düzey esas alınmalıdır.⁵⁵¹

Anayasa'nın 17/2. maddesine göre; tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. TDN'nin 13. maddesinin 3. fıkrasında; tabip ve dış tabibinin, teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamayacağı belirtilmektedir. HHY'nin “Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale

⁵⁴⁹ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 134.

⁵⁵⁰ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 73.

⁵⁵¹ İzzet ÖZGENÇ (2007), “Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk”, *İçinde, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, Cilt-II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 2186.

Yasağı” başlıklı 12. maddesinde; 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 yapılamayacağı ve talep de edilemeyeceği, belirtilmiştir. Türk Ceza Kanunu’nun 99. maddesinin 2. fıkrasında; tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi 10 haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşüren kişinin, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması; bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunması öngörülmüştür.⁵⁵²

Tıbbi gerekliliğin varlığı sadece tedavi yönünden değil, sağlık hizmetiyle ilgili bütün sürecin tüm aşamaları yönünden aranmalıdır. Hekimin hastalığın teşhisi için hasta üzerinde tanıyı kolaylaştıracak çeşitli tetkikler yaptırması için veya hastanın nekahet dönemindeki tıbbi yardımlar yönünden de gereklilik bulunmalıdır.⁵⁵³

Yargıtay’a göre; kişinin hiçbir hakkı sınırsız değildir. Kişi, ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir.⁵⁵⁴ Yine Yargıtay’a göre, hekim dikkat ve özen yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmelidir ve en ufak kusurundan dahi sorumlu tutulacaktır. Hekim, hastaya karşı sadakat yükümlülüğünü de yerine getirmelidir.”⁵⁵⁵ Eski zamanlarda, hekimin müdahalesinin hukuka uygun olabilmesi

⁵⁵² Ahmet ER, Ömer TOPAÇ ve Serap KAYGUSUZ 2021, age, s. 335.

⁵⁵³ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 358.

⁵⁵⁴ Age, s. 358.

⁵⁵⁵ Y13HD, E: 2015/38686, K: 2018/5002, T: 24.04.2018, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWInEsBd88JGeVsy9M2jm9vGA~&=0.04033163229111714>. ET. 09.01.2023 “...Davacı, yanlış iğne yapılması nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararın tahsili istemi ile eldeki davayı açmış, davalı davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir. Davadaki ileri sürülüşe ve kabule göre davanın temelini vekalet sözleşmesi oluşturmaktadır. Eş deyişle dava, davalının vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. (BK:386, 390 md) Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. (BK:390/11) vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (BK.321/1) O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. Müvekkil durumundaki hasta, doktor olan vekilden, titiz, dikkatli ve özenli davranılmasını beklemekte haklıdır. Özen göstermeyen bir vekil, BK. 394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır...”

için tıbbi gerekliliğin mevcut olması; mesleğin kurallarına uygun olarak icra edilmesi ve son olarak hastanın rızası aranmaktaydı. Böylece, gereklilik, tıbbi müdahalenin temel unsurlarından birini oluşturmaktaydı. İyileştirme amacı ön plandaydı. Ancak modern cerrahinin olanaklarının artmasıyla beraber son yıllarda hekim müdahalesi iyileştirme amacından gitgide uzaklaşmaktadır.⁵⁵⁶

Günümüzde, tıbbi gerekliliğin mutlaka “tıbbi gereklilik” olması gerekmediği, öğretilerde dolaylı tedavi amacının söz konusu olduğu söylenen estetik ameliyatlara ile erkek çocuklarının sünnet edilmesinde, rahim tahliyesi, kan aldırma, kısırlaştırma ve estetik ameliyatlarda olduğu gibi, “sosyal ve psikolojik endikasyonun” da gereklilik kapsamı içinde yer aldığı kabul edilmektedir.⁵⁵⁷⁻⁵⁵⁸⁻⁵⁵⁹ Tıbbi gereklilik bulunmadan icra edilen tıbbi müdahaleler konusuna geldiğimizde; a) Deneysel özelliği bulunan tıbbi müdahaleler,- b) Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, kısırlaştırma, hadımlaştırma, doğum kontrolüne ilişkin tıbbi müdahaleler, rahim tahliyesi, cinsiyet değişikliği, Tanık Koruma Kanunu kapsamında icra edilen estetik ameliyatlara gibi şekil veya fonksiyon değiştirici tıbbi müdahaleler,- c) Kan verme, organ nakli ve genel zorunlu aşı uygulaması gibi üçüncü kişilerin menfaatine icra edilen tıbbi müdahaleler,- d) Sünnet, yönünden tıbbi endikasyon ve tedavi amacı bulunmamaktadır.⁵⁶⁰ Öğretilerde bir görüşe göre, bu tür tıbbi müdahaleler için psikolojik veya sosyal endikasyonun yeterli olduğu belirtilmektedir.⁵⁶¹ Öğretilerde; tedavi amacı dışındaki tıbbi müdahalelerin, tıp biliminin ve tıp mesleğinin icrası kapsamında 1219 sayılı Kanun’un 1. maddesi gereğince yasal görevler arasında yer alması sebebiyle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanun’unun 24. maddesi gereğince Kanun hükmünü yerine getirme ve rıza nedenlerine dayalı olarak hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği; bunların yanında tedavi amacı bulunmayan adli muayene işleminin, görevin icrası sebebiyle, estetik girişimlerin ise tıp mesleğinin icra yetkisi ve ilgilinin rızası sebebiyle hukuka uygun sayılması gerektiği kabul edilmektedir.⁵⁶²

⁵⁵⁶ Adolf LAUFS, Wilhelm UHLENBRUCK (2002), *Handbuch des Arztrechts*. 3. neubearb. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, s. 7, Aktaran Hakan HAKERİ 2015, age, s. 360-361, https://beck-online.beck.de/?toc=/bibdata/komm/LauUhlHdbArztR_3/Buch/cont/LauUhlHdbArztR.htm&vpath=bibdata/komm/LauUhlHdbArztR_3/Buch/cont/LauUhlHdbArztR.1.5.htm. ET. 05.02.2021

⁵⁵⁷ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 135-136.

⁵⁵⁸ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 360.

⁵⁵⁹ Ahmet ER, Ömer TOPAÇ ve Serap KAYGUSUZ 2021, age, s. 336-337.

⁵⁶⁰ Age, s. 336-337.

⁵⁶¹ Mehmet AYAN 1991, age, s. 12.

⁵⁶² Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, 591.

Öğretide, endikasyonun bulunmadığı tıbbi müdahalelerin de hukuka uygun olabileceği şeklinde görüşler vardır. Buna göre, tıbbi müdahalenin endikasyonsuz yapılması, müdahalenin tıbbi olması niteliğini ortadan kaldırmaktadır. Hekim tarafından yapılırsa bile artık tıbbi bir müdahale söz konusu değildir. Bununla beraber, bu husus, hastanın rızasını bir hukuka uygunluk sebebi olmaktan çıkarmadığı gibi, rızanın sırf bu nedenle geçersiz olması ile de sonuçlanmaz.⁵⁶³ Hakeri, bu görüşe katılmadığını ifade etmektedir. O'na göre; bütün tıbbi müdahaleler bakımından endikasyon şartına riayet edilmelidir. Endikasyonsuz müdahalenin zaten tıbbi niteliğinin bulunmadığı görüşü kabul edilemez.⁵⁶⁴

2.3.4 Güncel Tıbbi Kurallara Uygun Müdahale

Tıbbi gerekliliğin yanında, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri de tabiidir ki bu müdahalenin tıp bilimi ve mesleğinin güncel standartları içinde yer almasıdır. Gökcan bu konuda mealen şöyle demektedir: Tıbbi müdahalenin, tıp biliminin o tarih itibariyle genel kabul görmüş güncel standartları kapsamında özen yükümlülüğüne uygun olarak yerine getirilmiş olması gerekir. Bu kapsamda güncel tıbbi standart, tıp biliminin kabul ettiği ve çoğu hekim tarafından benzer veya aynı olaylarda devamlı olarak uygulanan tedavi yöntemleri ile standart tıbbi uygulamalardır.⁵⁶⁵ Özgenç ise konuya ilişkin şunu ifade etmiştir: “Tıp biliminin verilerine uygun olmayan bir müdahale, tedavi amacıyla ve kişinin rızasıyla gerçekleştirilmiş olsa bile, hukuka uygun değildir. Kişi üzerindeki tıbbi müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun olup olmadığının tespitinde, müdahalenin gerçekleştiği tarih itibariyle tıp biliminin gelişmişlik düzeyi göz önünde bulundurulmalıdır.”⁵⁶⁶

Er, Topaç ve Kaygusuz bu konuda şunları söylemektedirler: Hekimin tıbbi standardı sağlarken, tıbbi teknik aletlerin kullanılmasını bilme ve bunları doğru kullanma yükümlülüğü ile bu aletlerin kullanılır durumda olup olmadığını kontrol yükümlülüğü de bulunmaktadır... Tıp biliminin, tıbbi müdahale sırasında tıbbi bir tekniğin kullanılmasını gerekli kılması durumunda, hekimin özen yükümlülüğü kapsamında, tıp biliminin gerekli kıldığı bu tekniği kullanması gerekir.⁵⁶⁷ Hekimin

⁵⁶³ Adolf SCHÖNKE, Theodor LENCKNER (2001), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. B, München Beck 2001, §223, kn. 50, Aktaran Hakan Hakeri (2015), age, 361.

⁵⁶⁴ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 361.

⁵⁶⁵ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, 197.

⁵⁶⁶ İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 388.

⁵⁶⁷ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 198-199.

görev yaptığı sağlık kurumunda veya özel muayenehanesinde, tıbbi müdahale için gerekli teknik alet bulunmamakta ve mevcut teknik araçlar tıbbi teknik standardı sağlayamamakta ise, hekimin hastayı bu hususta aydınlatmak suretiyle tıbbi teknik standartlara sahip başka bir sağlık kurum veya kuruluşuna yönlendirmesi gerekir.⁵⁶⁸

Endikasyonun bulunmasına, hastanın aydınlatılması ve rızasının alınmasına, müdahalenin hekim tarafından yapılmasına rağmen, müdahale, özensiz, dikkatsiz, tıp biliminin gereklerine aykırı yapılmışsa, hekimin faaliyeti hukuka aykırı olacak ve gerek tazminat gerekse taksir dolayısıyla ceza sorumluluğuna neden olacaktır.⁵⁶⁹

2.4 SAVUNMACI TIP UYGULAMALARI (STU)

Günümüz sağlık sektörü ve sağlık sektöründe hizmet sunan sağlık çalışanlarına baskı uygulayan birçok unsur bulunmaktadır. Bunlara hükümetlerin genel politikaları, sağlık politikaları, medya, sosyal medya, hastalar ve yakınları ve sağlık çalışanlarının bizzat kendileri örnek olarak verilebilir. Sağlık çalışanlarının tümünü baskı altına alan bu unsurların sonuçları sağlık sistemi, sağlık çalışanları ve hastalar için oldukça sakıncalı durumlara sebep olabilmektedir. Ancak burada önem arz eden en önemli faktör, halka doğrudan sağlık hizmeti sunumunun ana aktörleri olan hekimler üzerindeki etkileridir. Sağlık sektörünün doğasında var olan bilgi asimetrisi nedeniyle hekimler hem hizmet arzı hem de hizmet talebinin oluşturulmasında en önemli aktördür. Bu nedenle sayılan baskı unsurlarının hekimler üzerindeki etkileri, sağlık sistemi ve toplum üzerindeki etkilerin daha şiddetli görülmesine sebep olabilmektedir. Çünkü hekimler hissettikleri baskılara tıbbi uygulamalarla cevap vermektedir. Hekimlerin hissettikleri baskılara verdikleri tepkilerden biri savunmacı (defansif) tıp uygulamalarıdır.⁵⁷⁰

Savunmacı tıp, öncelikle sorumluluk tehdidiyle tetiklenen sağlam tıbbi uygulamalardan bir sapmadır.⁵⁷¹

Savunmacı tıp, son yüzyılda hekim-hasta ilişkisinin köklü değişim ve dönüşümünün sonuçlarından biri olarak, ilkin Amerika Birleşik Devletleri'nde daha

⁵⁶⁸ Ahmet ER, Ömer TOPAÇ ve Serap KAYGUSUZ 2021, age, s. 340.

⁵⁶⁹ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 365.

⁵⁷⁰ Özgün ÜNAL (2020), *Defansif Tıp Uygulamaları, Öncülleri ve Sonuçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Sakarya Üniversitesi, İşletme Enstitüsü, Sakarya, s. 1.

⁵⁷¹ David M STUDDERT, Michelle M MELLO, William M SAGE, Catherine M DESROCHES, Jordon PEUGH, Kinga ZAPERT ve Troyen A BRENNAN (2005), "Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment", *JAMA*, S. 293 (21), s. 2609-2617, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15928282/>. ET. 16.02.2023

sonraları ise Avrupa ülkelerinde ve diğer dünya ülkelerinde ortaya çıkmıştır. Bilindiği üzere, “defans (savunma) yapmak” tabiri en başta futbol olmak üzere çeşitli spor müsabakalarında bir taktik biçiminin adı olarak kullanılmaktadır. “Gol” yememek için futbol takımının güçlü bir şekilde defans yapması, savunma hattını güçlendirmesi ve daha az rakip takım sahasına gitmesi şeklinde karşımıza çıkar. Futbolda defans yapan takımın başlıca gayesi gol yememektir. Doğaldır ki maçı kaybetmemek için öncelikle gol yememek gerekir.

Kanaatimce, tıp alanında, hasta-hekim ilişkisinin paternalist (babacan hekim tarzı) bir ilişki biçiminden uzaklaşması, hekim-hasta arasında giderek artan sıklıkta tıbbi uygulama hatası iddialarına bağlı davaların çoğalması, başta hekime yönelik olmak üzere sağlıkta şiddet hadiselerinin artması hekimlerin hasta ve hasta yakınlarına karşı olan davranışlarında birtakım olumsuz değişikliklere yol açmıştır. Bu olumsuz değişikliklerin başta geleni, ülkeden ülkeye oranları değişmekle birlikte, hekimlerin savunmacı tıp uygulamalarına kaymış olmalarıdır. Günümüz dünyasında, hekimin hastaya, hastanın ise hekime olan güveni esaslı bir şekilde sarsılmıştır. İnternet başta olmak üzere, çok sayıda kaynaktan kolayca bilgiye ulaşabilen hasta ve hasta yakınları adeta hekimin her eylemini sorgular ve tartışır hale gelmiştir. Tıbbi uygulamalardan zarar gören hastalara ilişkin haberlerin medyada hızla yayılması ve hasta haklarına yönelik yapılan hukuki düzenlemeler de hastaların bilgi ve bilinç düzeyini arttıran öğeler arasındadır. Hekim-hasta ilişkisinin güven temelli olmaktan uzaklaştıran etmenlerden biri de hiç kuşkusuz sağlık alanının piyasalaşması yönündeki politikalar ve sağlık hizmetinin ticarileşmesidir. Dünya üzerinde çok sayıda ülkede uygulamaya sokulan ve genellikle sağlıkta dönüşüm adı verilen politikaların bu alanın ticarileşmesine yol açtığı, büyük sermayenin sağlık alanını egemenliği altına aldığı düşüncesindeyim. Bütün bu süreçler defansif tıp uygulamalarının yaygınlaşması ile sonuçlanmıştır.

Sağlık hizmeti sunumu önemli ölçüde takım çalışmasına dayalı olsa da aslında sağlık sektöründeki diğer çalışanlara göre hekimler üzerinde çok daha fazla miktarda yük ve sorumluluk bulunmaktadır. Sistem hatalarının ve elverişsizliğinin doğurduğu sonuçlardan dolayı hekimler rahatlıkla beceriksiz ve kusurlu olarak suçlanabilmektedir.⁵⁷² Günümüzde, özellikle ABD başta olmak üzere, gelişmiş

⁵⁷² Bryan A LIANG (2002), “A system of medical error disclosure”, *Qual Saf Health Care*, S. 11, s. 64–68, <https://qualitysafety.bmj.com/content/qhc/11/1/64.full.pdf>. ET. 14.02.2021

ülkelerde hastalar sağlık hizmetlerini, verilen hizmet ne olursa olsun, şartlarını hizmeti verenin belirlediği alınması zorunlu bir ihtiyaç ve boyun eğmek zorunda hissettikleri bir olgu olarak görmemektedirler. Sağlık hizmetleri, hastalar tarafından, adeta seyahat edilecek bir hava yolu şirketi için geçerli olabilecek güler yüzlü hizmet, konfor, yardımsever personel ve zamanında hizmet gibi kıstaslarla rekabetçi bir hizmet anlayışı ile değerlendirilmektedir. Hekimin bilgi ve tecrübesini başkaları ile kıyaslama olanağı bulunmayan hasta, bunun yerine, hekimin sağlık bakımında gösterdiği başka kriterleri, ihtimam ve özeni kıyaslamayı yeğlemektedir.⁵⁷³ Savunmacı tıp, hastane personeli gereksiz tedaviler uyguladığında veya malpraktis davalarına maruz kalmasını azaltmak için yüksek riskli prosedürlerden kaçındığında gerçekleşmiş olur. Özellikle doktorlar, testler, prosedürler veya uzman ziyaretleri (pozitif savunma tıbbi) tanzim ederler veya alternatif olarak yüksek riskli hastalardan veya prosedürlerden (negatif savunma tıbbi) kaçınırlar. Savunmacı tıp, tıbbi davaların zararlı bir etkisi olarak ortaya çıkar.⁵⁷⁴

Netice itibariyle, günümüzün sağlık sisteminde, defansif tıbbi uygulamalarla oldukça yaygın bir şekilde karşılaşılmaktadır. Ne var ki özellikle ülkemizde gerek hekimlerin gerek hastaların bu kavramın içeriği ve kapsamı hakkında yeterli bilgi sahibi olmadıkları görülmektedir. Öte yandan bu tip uygulamaların bir kısmı, hekimin hastasına daha fazla ihtimam gösterdiği ve daha ayrıntılı bir tıbbi inceleme yaparak hasta menfaatine öncelik tanıdığı şeklinde yorumlanmaktadır. Hekimlerin hukuki sorumluluktan kaçınmak amacıyla başvurdukları bir kurtuluş reçetesi olarak görülen bu uygulamaların, aslında hekimleri başka bir yönden yasal sorumlulukla karşı karşıya bırakabileceği hususu da sıklıkla göz ardı edilmektedir.⁵⁷⁵

2.4.1 Savunmacı Tıp Uygulamalarının Sosyal ve Psikolojik Nedenleri

Özellikle 1970’li yıllardan itibaren; ABD’de yapılan çalışmalarda, hekimlerin tıbbi uygulamaların hukuki sorumluluğundan kaçmak için; gerekli olmadığı halde teşhis ve tedaviye yönelik uygulamaları daha sık gerçekleştirdikleri ya da tam tersi bir şekilde risk barındırdığını düşündükleri, hasta ve tedavi yöntemlerinden

⁵⁷³ Richard M FRIEDENBERG (2003), “Patient-Doctor Relationships”, *Radiology*, DOI: 10.1148/radiol.2262021300, S. 226 (2), s. 306-308, <https://doi.org/10.1148/radiol.2262021300>. ET. 14.02.2021

⁵⁷⁴ Maurizio CATİNO (2011), “Why do Doctors Practice Defensive Medicine? The Side-Effects Of Medical Litigation”, *Safety Science Monitor*, Issue: 1, Article: 4, s. 1-12.

⁵⁷⁵ Büşra ŞAHİN ve Özgü ALCALI 2020, age, s. 483-510.

kaçındıkları tespit edilmiştir.⁵⁷⁶ Savunmacı tıp hakkındaki ilk makale Smith tarafından 1971 yılında Duke Law Journal isimli dergide yayınlanan “The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine” başlıklı makaledir.⁵⁷⁷ Savunmacı tıp, bir hekimin, hastalar veya aileleri tarafından yapılacak şikayetleri veya eleştirileri azaltmak veya önlemek için olağan davranışlarından veya iyi tıp uygulamalarından sapması olarak tanımlanır. Amerika Birleşik Devletleri Kongresi, bu tanımı, birincil (ancak tek değil) amacı hatalı tıbbi uygulama sorumluluğunu azaltma olan testler, prosedürler ve ziyaretler gerçekleştirilmesini veya yüksek riskli hastalardan ve prosedürlerden kaçınma eylemini de içerecek şekilde genişletir.⁵⁷⁸

Kanaatimce, Türkiye’de, tıbbi malpraktis iddiası ile açılan dava sayılarında son yirmi yılda önemli artışlar görüldüğü bir gerçektir. Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 1 Haziran 2005’te yürürlüğe girmesi ile hekimler üzerindeki cezalandırılma baskısının arttığı da Odabaşı ve Tümer tarafından dile getirilmiştir.⁵⁷⁹ Ülkemizde de sağlık sisteminin sağlıkta dönüşüm projesi ile yaşanan hasta merkezli paradigma değişikliği, yeni yatırımlar, hastaların haklarını daha fazla arama eğilimi, yasal düzenlemeler ve tıbbi alanda meydana gelen hızlı teknolojik ilerlemelerle hasta beklentileri artmış ve talep patlaması ile karşılaşmıştır. Bu arada malpraktis dava sayılarında ciddi artışlar olmuştur.⁵⁸⁰ Tıp ve hekim-hasta ilişkileri alanında yaşanan ve üstte açıklanan, hukuki, etik, ekonomik, mali, kültürel hususlar da dikkate alındığında, ülkemizde de defansif tıp uygulamalarının artacağını öngörmek çok da zor değildir.

Selçuk, Çınarlı ve Hızal’a göre; Çekinik tıp (Defansif tıp); sağlıkçıların tıbbi uygulama kusurları (malpraktis) nedeniyle yaptırımlardan (idari, cezai, hukuki ve etik yaptırımlardan) korunmak için yaptıkları uygulamalardır. Çekinik tıpta amaç sağlık hizmeti alanın yararı değil, sağlıkçıların çıkarlarını düşünerek davranmalarıdır. Hekimlerin defansif davranmalarının en büyük nedeni, malpraktis korkusudur.

⁵⁷⁶ Kerem YILMAZ, Oğuz POLAT ve Begüm KOCAMAZ (2014), “Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açıdan İncelenmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, S. 16, s. 19-51.

⁵⁷⁷ David O SMITH 1971, age, s. 939-994.

⁵⁷⁸ Osman ORTASHI, Jaspal VIRDEE, Rudaina HASSAN, Tomasz MUTRYNOWSKI ve Fikri ABU-ZIDAN (2013), “The practice of defensive medicine among hospital doctors in the United Kingdom”, *BMC Med Ethics* 14, 42 (2013), <https://doi.org/10.1186/1472-6939-14-42>, <https://bmcmedethics.biomedcentral.com/articles/10.1186/1472-6939-14-42>. ET. 14.02.2021

⁵⁷⁹ Aysun BALSEVEN-ODABAŞI ve Ali Rıza TÜMER 2006, age, s. 55-59.

⁵⁸⁰ Musa ÖZATA, Kubilay ÖZER ve Yusuf AKKOCA (2018), “Konya İl Merkezinde Çalışan Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması”, *Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi (GÜSBD)*, S. 7 (1), s. 132-139.

Defansif tıpta amaç, sağlık hizmeti alanın yararı değil, sağlıkçıların kendilerini düşünerek davranmasıdır. Defansif tıp, sağlık hizmetinin koruyucu hizmetler, tanı koyma, tedavi etme, bilgilendirme ve belgelendirme gibi her aşamasında olabilir.⁵⁸¹ Gerçekten de hekimlerin defansif tıp uygulamalarına yönelmesindeki temel saik, hastalar tarafından aleyhlerinde adli ve idari yollara başvurulmasını önleme kaygısıdır.⁵⁸² Dava sayısındaki artışlar hekimlerin haklarında dava açılması kaygısı, tanıyı koyamama endişesi, hasta yakınlarının şiddetine hedef olma, şikâyet edilme ve medyanın yargısız infazına maruz kalma korkusu, yönetimden gelecek baskılar vb. nedenlerle, sorumluluğu üzerlerinden atma çabası, hastaya doğrudan müdahale etmek yerine, önce zarar verme ilkesinden önce kendine zarar verme anlayışı geliştirmelerine yol açmıştır.⁵⁸³ İtalya’da yapılan bir çalışmaya ilişkin makalesinde Catino şunları söylemektedir: “Bu çalışmadan üç ana sonuç çıkarıyoruz. Birincisi, savunma tıbbi uygulaması doktorlar arasında büyük ölçüde yayılmıştır. Doktorların ¾ ile 4/5’i (ankete bağlı olarak) görüşmeden önceki ay bir çeşit savunma tıbbi uyguladıklarını beyan etmişlerdir. Anestezistler genellikle cerrahattan ziyade savunma tıbbi uygulamaya daha meyillidir, ancak cerrahlar ayakta tedavi edilebilecek hastaların hastaneye kaldırılmasına ve diğer uzmanlara sevk etmeye daha meyillidir. İkincisi, savunma tıbbinin ana itici gücü tıbbi dava korkusudur. Savunmacı bir yaklaşım benimseyen pratisyen hekimlerin 4/5’i yasal bir anlaşmazlığa karışmaktan korktuklarını belirtirken, 3/5’i tazminat taleplerinden korktuğunu belirtti. Cerrahlar, anestezistlere göre tazminat talepleri ve tıbbi davalarla daha fazla ilgileniyorlar. Üçüncüsü, doktorlar olumsuz tanıtım ve itibar kaybı tehdidinden de korkuyor. National Study’de görüşülen doktorların neredeyse yarısı, genellikle medya tarafından benimsenen suçlayıcı yaklaşımla ilgili endişelerini dile getirdi. Benzer şekilde, Yerel Çalışmada görüşülen cerrahlar, olumsuz tanıtım ve itibar kaybına dair bariz bir korkuyu ortaya çıkardı. İki çalışmanın sonuçları, İtalyan doktorların -hem pratisyen hekimler hem de cerrahlar- davaya muhatap olma riskini azaltmak için savunma tıbbi uyguladıklarını göstermektedir.”⁵⁸⁴

Defansif tıbbin yarattığı ekonomik olumsuzluklar ve sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde meydana gelebilecek aksaklıklar bir yana, esasında bu tür

⁵⁸¹ Mehmet SELÇUK, Serkan ÇINARLI ve Sevinç ARSLAN-HIZAL 2015, age, s. 15-48.

⁵⁸² Oğuzhan TÜRE (2017), “Hekimin Defansif Tıp Uygulamalarından Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 12/127, s. 32-41.

⁵⁸³ Musa ÖZATA, Kubilay ÖZER ve Yusuf AKKOCA 2018, age, s. 132-139.

⁵⁸⁴ Maurizio CATİNO 2011, age, s. 1-12.

davranışların çoğunluğu hasta haklarına aykırı; tıbbi etik dışı ve yasal sorumluluk doğurucu unsurlarla ortaya çıkmaktadır. Hastaya zarar verme ihtimali yüksek olan defansif tıbbi uygulama kalıplarının irdelenmesi durumunda görülecektir ki, pek çoğu tıpkı malpraktiste olduğu gibi TCK'da yer alan taksirle yaralama ve ölüme sebebiyet verme hükümlerinin unsurlarını taşımaktadır. Dolayısıyla bu durum beraberinde, hekimin tazmin sorumluluğunu da gündeme getirmektedir.⁵⁸⁵

Defansif tıp uygulamalarına kaynak olan nedenler Selçuk, Çınarlı ve Hızal tarafından şöyle sıralanmıştır:⁵⁸⁶ • Yargılanma korkusu / Tıbbi dava endişesi, - • Maddi çıkar dürtüsü, - • Performans düzeni, - • Bozuk iletişim, - • Basın yayın kurumlarının etkisi, - • Sağlık düzeni ve sağlık politikalarının etkisi, - • Ünlenme ve kusursuz olma dürtüsü, - • Hekimler arası sorumluluk atma.

2.4.1.1 Şikâyet Edilme, Dava Edilme ve Yargılanma Korkusu

Hasta-hekim ilişkisinde, her ne kadar 1800'lü yılların son çeyreğinden itibaren emareleri görülmüş olmakla birlikte, bilhassa İkinci Dünya Savaşı'nı izleyen yıllardan itibaren hızlanan biçimde, güven unsurunun zedelenmesi ve bu ilişkide giderek güvensizlik boyutunun artması söz konusu olmuştur. Bu durumda, hastalar, hekimleri kendi üzerlerinden daha fazla ekonomik kazanç elde etme eğilimindeki varlıklar olarak görmeye, hekimler de adeta her hastayı potansiyel davacı ve şikâyetçi olarak addetmeye başlamışlardır. Gerçekten, hasta ve hasta yakınlarının hekimler aleyhinde buldukları şikâyet sayısı ve açtıkları dava sayısı son yıllarda önemli artışlar göstermiştir. Kanun koyucu ve idare, şikâyet etme araçlarını arttırmış ve kolaylaştırmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 40. maddesi ile getirilen düzenleme çok önemlidir: "Madde 40 – Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır."⁵⁸⁷ Yine

⁵⁸⁵ Kerem YILMAZ, Oğuz POLAT ve Begüm KOCAMAZ 2014, age, s. 19-51.

⁵⁸⁶ Mehmet SELÇUK, Serkan ÇINARLI ve Sevinç ARSLAN-HIZAL 2015, age, s. 15-48.

⁵⁸⁷ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021): Anayasa,

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>. ET. 17.02.2021

Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi⁵⁸⁸ (CİMER) vasıtasıyla yapılan şikayetler de bu yollardan ve araçlardan bir diğeridir. Toraman ve Çarıkçı, makalelerinde, CİMER, BİMER (Başbakanlık İletişim Merkezi), hasta hakları komisyonları ve şikâyet mercilerine yapılan, çoğu zaman asılsız şikayetler nedeniyle hekimlerin iş yükünün arttığını ve hekimlerin bu şikayetlerle uğraşmaktan dolayı işlerini yapamaz hale geldiklerini bildirmişlerdir.⁵⁸⁹

Summerton tarafından yapılan bir araştırmanın sonuçları şunu gösteriyordu: Hekimler, hastaların şikâyet etme olasılığı nedeniyle hekimlik uygulamalarında önemli değişikliklere gitmişlerdir. Kabul edilen savunma amaçlı tıbbi uygulamalardan en yaygın olanı (muhtemelen veya çok muhtemel olduğunu belirten doktorların yarısından fazlası), artan teşhis testleri, artan sevk oranı, artan takip, daha ayrıntılı hasta açıklamaları ve daha ayrıntılı not alma gibi uygulamalar olarak görünüyordu. Tüm savunma amaçlı tıbbi uygulamalar, uygulayıcının riskle ilgili endişeleriyle önemli ölçüde ilişkili görünmektedir, ancak bu ilişki en güçlü biçimde negatif savunmacı tıp uygulamaları ile ilişkili görünmektedir. Genel pratisyen hekimlerin yaklaşık %98'i, hastanın şikâyet etme olasılığına yanıt olarak hekimlik uygulamalarında değişiklik yaptığını iddia etmektedir. Savunma amaçlı tıbbi uygulamalar risklerle ilgili endişelerle ilişkilidir, ancak ihmal kavramının veya pratisyenin hizmet şartlarının anlaşılmasıyla ilişkili değildir; böyle bir ilişki, negatif savunmacı uygulamalar durumunda özellikle güçlüdür.⁵⁹⁰

Aynacı tarafından yapılan çalışmaya göre; 2008 yılında Konya ilinde görev yapmakta olan 762 hekimin katıldığı bir anket yapılmıştır. Bu ankette yer alan, “Hakkınızda açılacak tıbbi malpraktis davası hekimlik performansınızı azaltır mı?” sorusuna hekimlerin %84.26’sı olumlu yanıt vermiştir. Görüldüğü üzere, hekimlere yönelik tıbbi uygulama hatası davaları, hekimlerin büyük bir çoğunluğunun, hekimlik mesleğini icra etme biçimini ve mesleki performansını etkileyecek bir baskı unsuru oluşturmaktadır. Hekimler arasında yaygın olan defansif tıbbi uygulamaların

⁵⁸⁸ T.C. CUMHURBAŞKANLIĞI İLETİŞİM BAŞKANLIĞI (2021), Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi, <https://www.cimer.gov.tr/>. ET. 17.02.2021

⁵⁸⁹ Aynur TORAMAN ve İlker Hüseyin ÇARIKÇI 2019, age, s. 40-51.

⁵⁹⁰ Nicholas SUMMERTON (1995), “Positive and Negative Factors in Defensive Medicine: A Questionnaire Study of General Practitioners”, *BMJ*, S. 310, s. 27-29, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2548439/pdf/bmj00574-0031.pdf>. E.T. 21.02.2021

en önemli nedenlerinden birisinin hiç şüphesiz malpraktis iddiaları ile açılan davalar olduğu anlaşılmaktadır.⁵⁹¹

Sonuç olarak, şikâyet ve dava edilme korkusu hekimlerde defansif tıp eğilimini arttırmıştır. Bununla birlikte, şikâyet ve dava edilme korkusunun, bazen hekimlerin gereksiz risklere girmelerini engelleme yönünde olumlu etkilerinin de olduğu söylenebilir.

2.4.1.2 Yaşanmış Malpraktis Deneyimi

Hekimlerin, tıbbi malpraktis suçlaması ile ilgili yaşadığı maddi ya da manevi kayıplar onların hastalarına yaklaşımını etkileyebilmektedir. Catino, bir çalışmasında hekimlerin %52'sinin daha önce herhangi bir şekilde malpraktis suçlamasına maruz kalmaları nedeniyle savunmacı tıp uygulamalarını benimsediği ortaya konulmuştur.⁵⁹² Göcen ve arkadaşlarının çalışması, hakkında daha önce malpraktis davası açılması ile STU düzeyinin, açılmayanlara göre daha yüksek olduğu bilgisini desteklemektedir.⁵⁹³ Takdir edilir ki, hele bir de haksız yere karşılaştığı itham sebebiyle, yıllarca ceza ve/veya tazminat tehdidi altında çalışmak zorunda bırakılan, dava duruşmalarına gidip-gelmek durumunda kalan ve avukat masrafları ile karşılaşan bir hekimde bu durumun travmatik etkiler doğurması ve onu defansif uygulamalara yöneltmesi hiç sürpriz sayılmaz.

2.4.1.3 Tazminat (Giderim) Ödeme Korkusu

Tazminat taraflardan birinin diğerine verdiği zarar nedeniyle ilgili zarara uğrayana ödenen para ya da parasal karşılığı olan nesnedir. Sağlık sektöründe hatalı tıbbi müdahale nedeniyle hekimin cezai ve idari sorumluluğunun yanında ayrıca tazminat sorumluluğu da vardır. Hekimler kazayla (taksirle) öldürme ya da yaralama durumlarında hapis cezası yerine sıklıkla tazminat sorumluluğu altına girmektedir.⁵⁹⁴ Hekimin tıbbi müdahale nedeniyle tazminat sorumluluğu altına girmesinin ise dört temel şartı vardır: a) Hukuka Aykırılık: Başkalarının gerek malvarlığına gerekse

⁵⁹¹ Yusuf AYNACI (2008), Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması (Yayımlanmamış Tıpta Uzmanlık Tezi), *Selçuk Üniversitesi, Meram Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı*, Konya.

⁵⁹² Maurizio CATİNO 2011, age, s. 1-12.

⁵⁹³ Ömer GÖCEN, Ahmet YILMAZ, Hamza ASLANHAN, Tahsin ÇELEPKOLU, Suheyp TUNCAY ve Emre DİRİCAN (2018), "Assistant Physicians Knowledge and Attitudes about Defensive Medical Practices, Work-Related Stress and Burnout Levels", *TJFMPC*, S. 12 (2), s. 77-87.

⁵⁹⁴ Cuma SUNGUR 2019, age, s. 191-206.

şahsi varlığına zarar vermeyi yasaklayan bir hukuk normunun ihlalidir.- b) Kusur: Hukuk düzeni içinde hoş görülme ve kınanan davranış biçimidir. Hekimin tedavi sözleşmesi nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için sözleşme ihlalinin yanı sıra ayrıca kusurlu olması gerekir. Hekim kasti ya da ihmali davranışlarından dolayı kusurlu olabilir. Herhangi bir endikasyon olmamasına karşın ücret almak için hastaya verilen zarardan dolayı hekimler kasttan dolayı sorumlu tutulmaktadır. Hekimler bilgi, beceri ve deneyim eksikliklerinden dolayı ise ihmalden dolayı sorumlu tutulmaktadır.- c) Zarar: Sözleşme ihlali veya haksız fiil nedeniyle bir zarar gelmişse o zararın maddi ve manevi karşılığının hekim tarafından karşılanması gerekir. Bir zarar meydana gelmemişse, hekimin sorumluluğuna gidilemez. - d) Nedensellik Bağı: Sözleşmenin ihlali veya haksız fiil ile meydana gelen zarar arasında bir neden sonuç ilişkisinin olması gerekir. Hekimin sadece özen yükümlülüğü yetersizliği onu sorumlu yapmaz. Bu ihlalin aynı zamanda hastanın yaralanmasına ya da ölmesine sebebiyet vermesi şartı aranmaktadır.⁵⁹⁵

2.4.1.4 Şiddete Maruz Kalma Korkusu

Defansif tıp, “hekimin ceza veya hukuk davalarıyla karşılaşmamak, tazminat ödememek, sigorta poliçe primlerini artırmamak amacıyla aşırı korumacı veya çekingen davranarak tanı ve tedaviye yönelik tıbbi uygulamaları gereksiz kullanması ve malpraktis davası ile sonuçlanma riski yüksek olan uygulamalardan kaçınması” şeklinde tanımlanırken, hekimin görevini yaparken “tıp dışı korkular (görev sırasında şiddete uğrama, şikâyet edilme, cezai takibata uğrama veya tazminat davası açılma olasılığı) duyması nedeniyle davranışlarını buna göre gerçekleştirmesi” olarak da ifade edilmektedir. Hekimler başta olmak üzere sağlık çalışanlarına yönelik şiddet olayları artmaktadır. Bireylerin sabırsız olması, iletişimsizlik, sorunları kendi kendine çözme isteği, önyargı gibi nedenlerle hekimler şiddetle karşılaşmaktadır. Dolayısıyla hasta yoğunluğu, sağlıkta şiddet, hastaların önyargılı tavırları gibi olumsuzluklar sonucu hekimler kendilerini koruma yoluna gitmektedir. Bu yollardan biri de hekimlerin defansif uygulamalara yönelmeleridir.⁵⁹⁶ Daha kaliteli sağlık hizmeti talep eden hastalar, meydana gelen komplikasyonlarda bile hekimi suçlamakta, zaman zaman ise hekimlere sözel ve fiziksel saldırılarda

⁵⁹⁵ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 704-705.

⁵⁹⁶ Aysun YEŞİLTAŞ ve Ramazan ERDEM (2018), “Şiddet ve Defansif Tıp Uygulamaları Üzerine Nitel Bir Çalışma”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, S. 6 (74), s. 486-500.

bulunmaktadırlar. Hekimler, kendilerini hasta ve hasta yakınlarının sözel ve fiziksel şiddet uygulamalarından korunma amaçlı defans yaptıklarını ifade etmişlerdir.⁵⁹⁷

Dünya genelinde, hekimlere yönelik şiddet yükseliştir.⁵⁹⁸ Bugünlerde hekimlere yönelik şiddet sık sık haberlerde yer almaktadır.⁵⁹⁹ Tıp uzmanlarının saldırıya uğradığına, hatta hastaların hoşnutsuz akrabaları tarafından öldürüldüğüne dair birçok rapor yayınlanmıştır. Tıp uzmanları, çeşitli meslekler arasında en çok şiddete maruz kalanlar arasındadır.⁶⁰⁰

Şiddet, son yıllarda ne yazık ki, sağlık alanında çalışma ortamımızın bir ögesi ve değişmez parçası haline geldi. Her gün ülkemizin farklı illerinden, farklı şiddet olayları kamuoyunda gündem oldu. Bir tür “şiddet salgını” yaşanmaya başladı. Bu ilginin bir yansıması olarak sağlık çalışanlarına yönelik şiddet konusunda yönetmelik ve genelgeler yayınlandı.⁶⁰¹ İnsanın şiddetinin diğer canlıların şiddetinden ayırt edilmesi, şiddetin insana özgü ama toplumsal olarak inşa edilen bir olgu olarak düşünülmesi gerekir. Toplumsal düzendeki çelişkilerin kolay ortaya çıkabildiği tıp ve sağlık alanı, şiddetin de çok daha somut olarak görüldüğü bir alandır.⁶⁰²

Hastanelerde şiddet; hastanın kabulü sırasında (ağır/kötü prognozlu durumu, maliyetli ameliyatları veya tedavileri, anafilaktik reaksiyonları, tedavinin beklenmeyen sonuçlarını, komplikasyonları, ölümü açıklayan hallerde), hasta nakli veya nöbet gibi sağlık çalışanlarıyla hastanın karşılaştığı çeşitli durumlarda (hizmet reddedildiğinde, bir doktorun nöbet sırasında hastaya eşlik etmemesi, hastanın nöbet öncesinde veya sırasında ölmesi, hastanın üçüncü bir merkezde nöbette veya sonrasında ölmesi durumunda saldırılar meydana gelebilir), hastanın gönülsüz olarak kabul edildiği hallerde, faturalama işlemleri sırasında (faturalama prosedürlerini anlamama, fazla ücret talep etme, açıklanamayan ve/veya haksız ücret talep etme, masrafları ödeyememe, hastanın hastane tarafından reddedilmesi veya cenaze için ödeme yapılmaması) veya hastaya hastane kuralları hakkında uygun bilgi

⁵⁹⁷ Aynur TORAMAN ve İlker Hüseyin ÇARIKÇI 2019, age, s. 40-51.

⁵⁹⁸ Sudip BHATTACHARYA, Kanica KAUSHAL ve Amarjeet SINGH (2018), “Medical violence (Yi Nao Phenomenon): Its past, present, and future”, *CHRISMED J Health Res*, S. 5, s. 259-63.

⁵⁹⁹ Jian GUAN (2017), “Origin and Prevention of Workplace Violence in Health Care in China: Legal and Ethical Considerations”, *Chinese Medical Journal*, C. 130 (14) s. 1731-1736.

⁶⁰⁰ Shilekh MITTAL ve Sonia GARG (2017), “Violence Against Doctors- an Overview”, *J. Evolution Med. Dent. Sci. S. 6 (33)*, s. 2748-2751.

⁶⁰¹ Yıldız Ertuğ ÜNDER (2012), “Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddet Olgusu”, *Sağlık Hukuku Makaleleri-II*. İstanbul Barosu, s. 265-275.

⁶⁰² TÜRKİYE BİYOETİK DERNEĞİ (2015), “Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddetin Değerlendirilmesi ve Önlenmesi Hakkında Görüşü (Hazırlayan: Dr. Gülsüm Önal)”, http://www.biyotik.org.tr/wp-content/uploads/2015/08/TBD_Siddet_hk_Gorusup.pdf. ET.01.03.2021

verilmemesi durumunda (resmi izin, sadece hastaneden alınacak reçeteli ilaç, cihaz ve malzeme vb.) ortaya çıkmaktadır. Bu bakış açısıyla, bu iğrenç eylemlerin nedeni hakkında ancak spekülasyon yapabiliriz. Sebepler şu şekilde sıralanabilir.⁶⁰³

2.4.1.4.1 Hekim ile İlgili Olanlar

Sağlıkta şiddetin hekim ile ilişkilendirilebilecek sebepleri şöyle sıralanabilir:

1) Hekim-hasta ilişkisinin bozulması; ya da hastanın canı ve güvenliğini tamamen göz ardı etme (hasta ve yakınları ile zayıf ve etkisiz iletişim),- 2) Hekimin kaba davranışı,- 3) Daha az sıklıkta ev aramaları,- 4) Ölüm veya sakatlıkla sonuçlanan teşhis ve tedavi için karmaşık invaziv prosedürler.

2.4.1.4.2 Hastayla İlgili Olanlar

Sağlıkta şiddetin hasta ile ilişkilendirilebilecek sebepleri şöyle sıralanabilir:

1) Kurtarma konusunda gerçekçi olmayan beklentiler,- 2) Tıbbi tavsiyelere yetersiz uyum,- 3) Sık sık kendine zarar verici davranışlar (yoğun sigara içme, içki, uyuşturucu kullanımı, kötü beslenme yönetimi),- 4) Haklar konusunda farkındalığın artırılması,- 5) Başka bir doktorun tedavisine ilişkin yorumlar,- 6) Onay eksikliği, 7) Geçici teşhis, ilgili bulgular vb. gibi belgelerin eksikliği,- 8) Bir sorun olduğunda ikinci görüş almamak ve hasta ciddi ise yakınlarına haber vermemek,- 9) Hekimin toplumdaki rolü veya refahı hakkında yanlış algı.

2.4.1.4.3 Yargı Sistemiyle İlgili Olanlar

Sağlıkta şiddetin yargı ile ilişkilendirilebilecek sebepleri şöyle sıralanabilir:

Yargı duyulan güvensizlik, polisin hareketsizliği ve şiddet hadiselerinde polisin herhangi bir işlem yapmayacağı ve kolayca rüşvet alabileceği izlenimi de hekime yönelik şiddete katkıda bulunan diğer bir faktördür. Bugüne kadar hekimlere saldırdığı bilinen az sayıda kişi mahkûm olmuştur ve bu da halk arasında şiddetin cezasız kaldığı fikrine yol açmıştır. Bu nedenle, hastalar veya refakatçileri bir doktora saldırdıktan sonra kurtulabileceklerini bildiklerinde, bunu yapmak onlar için cazip gelmektedir.⁶⁰⁴

⁶⁰³ Shilekh MITTAL ve Sonia GARG 2017, age, s. 2748-2751.

⁶⁰⁴ Age, s. 2748-2751.

2.4.1.5 Bireysel Suçlama Kültürünün Yükselişi

Hekimlerin savunmacı tıp uygulama eğilimlerine yol açan önemli ve nispeten az dikkat çeken sebeplerden biri, kanaatimce, toplumda giderek artan bireysel suçlama kültürüdür. İyileşen her hastada bu sonuç hekim dışı faktörlere (şans, talih, büyü, sihir, akrabaların ve hatta politikacıların manevi desteği ve benzerleri) bağlanma teamülü gösterirken, kötü sonuçlar ise suçlayıcı şeklinde doğrudan doğruya ve sadece hekimlere yöneltilmektedir. Bu konuda Catino şöyle demektedir: “Bu yaklaşım içinde, çözümler esas olarak cezalandırıcıdır ve örgütsel bağlam göz ardı edilir.”⁶⁰⁵ Kolaycı bir yaklaşımla, olayların içinde gerçekleştiği bütün yapı adeta ihmal edilir ve ortaya çıkan tıbbi hatalar birer suçlama şeklinde başta hekim olmak üzere sağlık meslek mensuplarının sırtına yüklenir. Bu kolaycı yaklaşım, örgütsel ana yapının sorumlusu olan üst düzey idarecileri ve hatta siyasi iktidarı olayların bütünüyle dışında tutar.

2.4.1.6 Yargıya ve Tıp Eğitimine İlişkin Sorunlar

Minossi ve da Silva, defansif tıbbın Brezilya'da ve dünya çapında yaygın olarak kullanılmasının nedenlerini tartıştıkları makalelerinde, şöyle demektedirler: “Savunmacı tıp, tamamlayıcı testlerin aşırı kullanımı, sözde daha güvenli terapötik prosedürlerin kullanılması, hastaların diğer uzmanlara sık sık sevk edilmesi ve kritik ve daha büyük komplikasyon potansiyeli taşıyan hastalara bakım yapmayı reddetmesi ile karakterizedir. Bu, doktoru davalardan korumayı amaçlayan bir uygulamadır. Süreçlerin yargı tarafından yürütülme biçimi, bu akıllıca olmayan savunmacı tıp uygulamalarının pekiştirilmesine kesinlikle katkıda bulunmaktadır. Ülkemizde yargıçların ve hukukçuların davaların analizinde hazırlıksız olmasıyla bağlantılı olarak adaletin yavaş temposu ilgili tarafların duygusal olarak tükenmesine yol açmaktadır. Ayrıca, ülkemizdeki doktorların yetersiz eğitim tarzı, kapsamlı bir klinik muayene ve hasta ile uygun iletişimden ziyade, gelişmiş teşhis ve tedavi yöntemlerinin kullanılmasına değer vermektedir. Doktoru korumadaki verimsizliğin yanı sıra, savunmacı tıp, tıbbi uygulamaya önemli ölçüde ek maliyet kattığı, hastanın daha fazla acı çekmesine yol açtığı ve doktor-hasta ilişkisinin bozulmasına neden

⁶⁰⁵ Maurizio CATİNO 2011, age, s. 1-12.

olduğu için hasta ve toplum bakımından ciddi sonuçları vardır.”⁶⁰⁶ Yeteri kadar donanıma ve tecrübeye sahip olmadan hekimlik unvanını alan kişiler karşılaştıkları vakalara defansif yaklaşmaktadırlar. Tıp eğitiminin kalitesinin her geçen gün düştüğü ve bu durumun, tıp öğrencilerinin ilgisizliğinden, az hasta görmelerinden ve yetersiz tıp eğitiminden kaynaklandığı söylenebilir.⁶⁰⁷ Minossi ve da Silva tarafından dile getirilen görüşleri ve Yılmaz’ın ifadesini önemsiyorum. Hekimler, yargılanma korkusunun yanı sıra, uzadıkça uzayan yargılamalardan, yetersiz ve hâkimin sorularına yanıt vermekten uzak bilirkişi raporlarından, yıldan yıla miktarı kartopu gibi artarak çoğalan, mali sorumluluk sigortası sınırlarını çok aşan tazminat talepleri ve bu alanda kesinleşen davalardan da çekinmektedirler.

Ülkemizde, tıp eğitimi dahilinde, geleceğin hekimlerine temel tıp/sağlık hukuku bilgilerinin kazandırılmasına yönelik olarak müfredatta bağımsız tıp/sağlık hukuku derslerinin bulunduğu fakülte sayısı da henüz çok sınırlıdır. Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi bunlardan biridir.⁶⁰⁸

2.4.1.7 Medyanın Rolü

Medyanın olumsuz rolü hususunda Toraman ve Çarıklı’nın yapmış olduğu çalışmada şu ifade yer almaktadır: “Defansif tıbbın nedenlerinden bir diğeri de teknolojik unsur, bir kitle iletişim kaynağı olarak haber medyasıdır. Medyada en çok işlenen konulardan bir tanesi kişilerin sağlıklarından hekimlerin sorumlu olduğu düşüncesidir. Oysa kişilerin sağlığının korunmasını kendilerine ait olduğu unutulmamalıdır. Medyanın malpraktis yapan hekim hakkında kötü hekim şeklindeki itibarsızlaştırması ve reyting amacıyla ya da bilemediğimiz başka nedenlerle sıradan tıbbi vakalara bile ‘skandal var’ başlığı ile büyük yer ve zaman ayırması hekimleri defans yapmaya iten bir diğer unsurdur.”⁶⁰⁹

⁶⁰⁶ José Guilherme MÍNOSSÍ ve Alcino Lazaro DA SÍLVA (2013), “Defensive medicine: a necessary practice?” *Rev Col Bras Cir.* S. 40 (6), s. 494-501.

⁶⁰⁷ Necla YILMAZ (2016), *Tıpta Uzmanlaşma Üzerine Nitel Bir Araştırma* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Sağlık Kurumları Yönetimi Anabilim Dalı, Isparta.

⁶⁰⁸ Hasan Tahsin KEÇELİGİL (2022), “Tıp Hukuku Dersleri: Samsun Deneyimi”, *İçinde, Sağlık Hukukunda Tartışmalı Konular*, Ed. Dilek ÖZCENGİZ, Emine Neval YILMAZ, Mete Salih AKER, Türkü Yağmur NEHİR ve Melih ÇAMCI (2022), Ankara, Akademisyen Kitabevi, 2022, s. 1-14.

⁶⁰⁹ Aynur TORAMAN ve İlker Hüseyin ÇARIKÇI 2019, age, s. 40-51.

2.4.2 Savunmacı Tıp Uygulamalarının Yaygınlığı

Türk Tabipler Birliği (TTB), 2010 yılında 2 bin 194 hekimin katıldığı bir araştırmaya imza atarak şu verilere ulaşmıştır: hekimlerin %63.3'ü kamu, %25.4'ü sadece özel sektörde çalıştığı, %11.3'ünün ise hem özel hem de kamuda çalıştığı belirtildi. Araştırmaya katılan hekimlerin %55.6'sı herhangi bir olumsuz sonuçtan sorumlu tutulmamak için defansif tıp uygulamalarını benimseyeceklerini ifade etmişlerdir.⁶¹⁰ Yapılan bir çalışmada, hekimlerin büyük çoğunluğu (%78.13) yüksek riskli müdahaleleri reddetme eğilimine girdikleri ve (%80.88) her hastayı potansiyel davacı görme tedirginliği yaşadıklarını ifade etmişlerdir. Aynı çalışmada, hekimlerin yarısından çoğu (%60.29) sağlık sisteminin hekim haklarını korumakta yetersiz kaldığını, %74.63'ünün yeni TCK'nın hekimlikle alakalı maddelerinden tedirginlik duyduğunu, ayrıca neredeyse tamamına yakınının (%95.45) ülkemiz medyasının hekimlere karşı olumlu tutumda olmadığını düşündükleri saptanmıştır.⁶¹¹ Bir başka çalışmada, öteki güncel çalışmalar ile uyumlu olarak, hekimlerin büyük çoğunluğunun (%93,6) defansif tıp uyguladıkları ortaya çıkmıştır.⁶¹² Defansif hekimlik uygulama oranları, Aynacı (2008) tarafından, Konya il merkezinde yaptığı çalışmada, defansif tıbbi az veya çok uyguladıklarını bildirenlerin ortalaması olarak tüm defansif tıp uygulamaları için %78,38, Başer ve arkadaşları (2014) tarafından, İzmir'de Aile hekimleri üzerinde yaptıkları çalışmada defansif tıp uygulayan hekim oranı olarak % 93,8 ve son olarak Selçuk (2015) tarafından, İzmir il merkezindeki hekimler için %97,3 olarak bildirilmiştir.⁶¹³⁻⁶¹⁴⁻⁶¹⁵

Savunmacı tıp puanları, erkeklerde, cerrahi bilimlerde çalışanlarda, uzmanlık eğitiminin ilk 2 yılındakilerde, hakkında malpraktis davası açılanlarda ve sigara kullananlarda anlamlı derecede yüksek bulunmuştur. İşe bağlı gerginlik düzeyi, cerrahi bilimlerde çalışanlarda, ayda 8 ve üzeri sayıda nöbet tutanlarda, hakkında

⁶¹⁰ TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ: "Sağlık Alanında Hizmet Kaynaklı Zarar: Hekimler Ne Diyor?", <https://www.ttb.org.tr/kutuphane/hizmetzarar.pdf>. ET. 21.02.2021

⁶¹¹ Selma ALTINDIŞ, Esra COŞAR, Ali Rıza ATASOY, Beyza AKBABA, İsmail ŞİMŞİR ve Semra ÖZ (2019), "Sağlık Uygulamalarında Defansif Tıp", *Balıkesir Medical Journal*, S. 3 (1), s. 12-19.

⁶¹² Ömer GÖCEN, Ahmet YILMAZ, Hamza ASLANHAN, Tahsin ÇELEPKOLU, Suheyp TUNCAY ve Emre DİRİCAN 2018, age, s. 132-139.

⁶¹³ Yusuf AYNACI 2008, age.

⁶¹⁴ Aysel BAŞER, Giray KOLCU, Yıldırım ÇİĞİRGİL, Birsen KADINKIZ ve Kurtuluş ÖNGEL (2014), "İzmir Karşıyaka İlçesinde Görev Yapan Aile Hekimlerinin Defansif Tıp Uygulamaları ile İlgili Görüşlerinin Değerlendirilmesi". *Smyrna Tıp Dergisi*, S. 3, s. 16-24, Aktaran Ömer GÖCEN, Ahmet YILMAZ, Hamza ASLANHAN, Tahsin ÇELEPKOLU, Suheyp TUNCAY ve Emre DİRİCAN 2018, age, s. 132-139.

⁶¹⁵ Mehmet SELÇUK (2015), *Çekinik (Defansif) Tıp*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sağlık Hukuku AD, İzmir.

malpraktis davası açılanlarda, sigara kullananlarda, alkol kullananlarda anlamlı derecede yüksek bulunmuştur.⁶¹⁶ STU oranları, cerrahi bilimler alanında çalışan hekimlerde, dahili bilimler alanında çalışan hekimlere kıyasla daha yüksektir. Yine, erkek hekimlerde, kadın hekimlere kıyasla daha yüksek bulunmuştur.⁶¹⁷⁻⁶¹⁸ Ayrıca, STU oranlarının genç ve mesleki yaşamının erken evrelerinde olan hekimlerde, ileri yaşlarda olan ve mesleki tecrübeleri fazla olan hekimlere nispeten daha yüksek olduğu görülmüştür.⁶¹⁹⁻⁶²⁰ Uzmanlık eğitiminin ilk yıllarında, iş yükünün daha fazla olması, yeterli tecrübelerinin bulunmaması, üstlerinden yeterince takdir görememesi ve ayrıca yeni başlayan bireylerin iş konusunda daha heyecanlı ve istekli olmaları nedeniyle daha fazla enerji harcayarak daha kısa zamanda yorulmaları gibi nedenlerden dolayı STU'nun daha yüksek düzeyde yaşanmasını açıklayabilir.⁶²¹

2.4.3 Savunmacı Tıp Uygulamalarının Sınıflandırılması

Defansif tıp uygulamaları⁶²² esas itibarıyla, pozitif defansif tıp uygulamaları (güvence davranışları) ve negatif defansif tıp uygulamaları (kaçınma davranışları) olarak iki ana grupta toplanabilir.⁶²³⁻⁶²⁴ Studdert ve arkadaşlarına göre; savunma tıbbi uygulamaları, tıbbi bakımı destekleyebilir (örn., Ek test veya tedavi), tıbbi bakımı değiştirebilir (örn., Başka bir hekime veya sağlık kuruluşuna sevk) veya tıbbi bakımı azaltabilir (örn., Belirli hastaları tedavi etmeyi reddetme) biçimlerde kendini gösterir.⁶²⁵

⁶¹⁶ Ömer GÖCEN, Ahmet YILMAZ, Hamza ASLANHAN, Tahsin ÇELEPKOLU, Suheyp TUNCAY ve Emre DİRİCAN 2018, age, s. 77-87.

⁶¹⁷ Yusuf AYNACI 2008, age.

⁶¹⁸ Age, s. 77-87.

⁶¹⁹ Maurizio CATİNO 2011, age, s. 1-12.

⁶²⁰ Ömer GÖCEN, Ahmet YILMAZ, Hamza ASLANHAN, Tahsin ÇELEPKOLU, Suheyp TUNCAY ve Emre DİRİCAN 2018, age, s. 77-87.

⁶²¹ Age, s. 77-87.

⁶²² Sakura YAHATA (2011), "A Study of Defensive Medicine in Japan", *İçinde, Applied Ethics*, Ed. Center for Applied Ethics and Philosophy, *Published by Center for Applied Ethics and Philosophy, Hokkaido University*, N10 W7, Kitaku, Sapporo, 060-0810, Japan, 2011, s. 175-185.

⁶²³ Mert KÜÇÜK (2018), "Defensive Medicine Among Obstetricians and Gynaecologists in Turkey", *Journal of Obstetrics and Gynaecology*, S. 38 (2), s. 200-205.

⁶²⁴ Johan Christiaan BESTER (2020), "Defensive Practice is Indefensible: How Defensive Medicine Runs Counter to the Ethical and Professional Obligations of Clinicians", *Medicine, Health Care and Philosophy*, S. 23, s. 413-420.

⁶²⁵ David M STUDDERT, Michelle M MELLO, William M SAGE, Catherine M DESROCHES, Jordon PEUGH, Kinga ZAPERT ve Troyen A BRENNAN 2005, age, s. 2609-2617.

2.4.3.1 Pozitif Savunmacı Tıp Uygulamaları (PSTU)

Savunmacı tıbbın bir tipi olarak PSTU, hastalardan ve ailelerinden gelen yanlış tedavi davalarına, şikayetlerine veya eleştirilerine karşı koruma sağlamak için daha fazla test veya tedaviler order etmektir; Bu uygulama tipi; a) hastalık riskinin düşük olduğu ve testlerin klinik karar vermeye katkı sağlamadığı ancak klinisyen için dava edilme riskini azalttığı düşünülen testlerin sıralanmasını içerebilir; b) hastanın gerekli olmayan konsültan uzmanlara yönlendirmesi; c) tanı veya tedaviye yardımcı olmada hiçbir değeri olmayan "bütün temelleri kapsayacak" tedaviler ve testler eklemek, şeklinde tezahür edebilir.⁶²⁶ Aynacı'ya göre; PSTU, hastaları malpraktis şikâyetinde bulunmaktan vazgeçirmek veya yasal süreci, yapılması gerekenin yapıldığı konusunda ikna etmek ve hoşnutsuzluktan kaynaklanabilecek olumsuz sonuçları azaltmak amacıyla, marjinal ya da tıbbi değeri olmayan ilave tanı ve tedavi yöntemlerinin uygulanmasıdır.⁶²⁷ Şahin ve Alçalı'ya göre; pozitif defansif tıp, hastalığın teşhis, tedavi veya takibi açısından aslında gerekli olmayan ancak hekimin, hasta veya yakınlarından gelebilecek tıbbi uygulama hatası iddialarını bertaraf etmek, kendisini hukuki sorumlulukla karşı karşıya kalmaktan korumak ve dışarıdan gözlemlenen davranışlarıyla hastalığın seyri açısından gerekli olan her şeyin büyük bir dikkat ve özenle yapıldığı izlenimini oluşturmak amacıyla gereksiz bir tıbbi prosedür izlemesidir.⁶²⁸

Önceleri, hastalarda önemli bir risk olmasa da hekimin hastanın durumundan emin olmak için yaptırdığı testler olumlu ve beklenen bir hareket ya da en azından profesyonel bir yol olarak değerlendirilse de; günümüzde hastalardan gelebilecek şikâyetlere ya da hastaların açılacakları davalara karşı bu testleri yaptırmak hekimler tarafından testlerin ve tedavilerin maliyetleri ne olursa olsun daha güvenli bir yol olarak görülmektedir.⁶²⁹ Ayrıca defansif tıp uygulamaları sağlık çalışanları arasında arttıkça, defansif tıp uygulamalarına karşı olan ya da bu uygulamaları yapmama konusunda direnen hekimleri yasal olarak da savunmasız hale getirebilmektedir. Bu noktada da yasal olarak herhangi bir problemle karşılaşmamak

⁶²⁶ Johan Christiaan BESTER 2020, age, s. 413-420.

⁶²⁷ Yusuf AYNACI 2008, age.

⁶²⁸ Büşra ŞAHİN ve Özgü ALCALI (2020), "Defansif Tıp Kavramı ve Defansif Tıbbi Uygulamaların Hekimin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, S. 41 (11), s. 483-510.

⁶²⁹ Allen KACHALIA ve Michelle M MELLO (2013), "Defensive Medicine-Legally Necessary but Ethically Wrong? Inpatient Stress Testing for Chest Pain in Low-Risk Patients", *JAMA Intern Med*, S. 173 (12), s. 1056-1057.

için hekimlerin defansif tıp uygulamalarını hayata geçirmekte ve bu da sağlık sektöründe yüksek meblağlarda maliyet getirmektedir.⁶³⁰ Pozitif savunmacı tıp davranışlarına şunlar örnek olarak verilebilir:⁶³¹

- Gerekli olandan daha fazla tanı testi,
- Gereksiz girişimsel uygulamalar (örneğin biyopsi yapılması),
- Gereksiz tedaviler,
- Kesinlikle gerekli olmayan ilaçları reçete etmek,
- Ayakta tedavi için uygun olan hastaların hastaneye yatışının gerçekleştirilmesi,
- Gerekli olmamasına karşın sıklıkla konsültasyonda bulunmak,
- Daha fazla sayıda hasta ziyareti (vizit) yapmak ve hasta ile daha fazla zaman geçirmek,
- Yapılmayan klinik uygulamaların hasta dosyaları ya da tıbbi kayıtlar üzerinde yapılmış gibi gösterilmesidir.⁶³²

Kurum içi defansif tıp uygulamaları, pozitif defansif uygulaması olarak konsültasyon istemede görülür. Konsültasyonun gerekli olduğu için değil defansif tıp amacıyla istenmesinin amacı; sorumluluğu başka hekime yüklemek ya da bölüşmektir. Konsültasyon istenen hekim de sorumluluğu üstlenmemek için konsültasyonu yerine getirirken kaçamak davranmaktadır. Bunu, hastalığın kendi branşını ilgilendirmediğini kanıtlamaya çalışarak, konsültasyonu başka branşlara yönlendirerek ya da konsültasyon isteyen hekimi bıktırarak tetkikler isteyerek yapar. Konsültan hekim, bunu genelde hastanelerde olanaksızlık nedeniyle gecikerek yapılabilen çeşitli tahlil, bilgisayarlı tomografi, MR, MPS ve anjiyografi gibi tetkikleri önerme yoluyla yapmaktadır. Bu istekleri yerine getiren hekimler de defansif uygulama olarak, yollanan materyalin yetersiz olduğunu, BT, MRG ve USG tetkiklerde hastanın uyumsuzluğu, hastada gaz olması gibi nedenlerle raporlamanın sağlıklı biçimde yapılamadığını öne sürerek yuvarlayarak yanıtlamaktadır.⁶³³

⁶³⁰ Paola FRATI, Francesco Paolo BUSARDÒ, Pasqualino SIRIGNANO, Matteo GULINO, Simona ZAAMI ve Vittorio FINESCHI (2015), Does Defensive Medicine Change the Behaviors of Vascular Surgeons? A Qualitative Review. *Hindawi Publishing Corporation, BioMed Research International*, <http://dx.doi.org/10.1155/2015/170692>, Volume 2015, Article ID 170692, 5 pages, s. 1-5, <https://europepmc.org/backend/ptpmcrender.fcgi?accid=PMC4606144&blobtype=pdf>. ET. 21.02.2021

⁶³¹ Özgün ÜNAL (2020), age s. 17.

⁶³² Maurizio CATINO 2011, age, s. 1-12.

⁶³³ Mehmet SELÇUK 2015, age, s. 15-16.

2.4.3.2 Negatif Savunmacı Tıp Uygulamaları (NSTU)

Negatif savunmacı tıp davranışları (kaçınma davranışları) ise sıklıkla aşağıdaki iki davranış türü ile karakterizedir:⁶³⁴ 1) Hastalara yarar sağlayabilecek riskli prosedürlerden kaçınmak,- 2) Tedavilerde riskli hastalardan kaçınmaktır.⁶³⁵

Selçuk ve arkadaşlarına göre, NSTU için şu örnekler verilebilir:⁶³⁶

- * Riskli hastalardan kaçınma,
- * Riskli tedavi yöntemlerinden kaçınma,
- * Riskli inceleme yöntemlerinden kaçınma,
- * Riskli cerrahi girişimlerden kaçınma,
- * Riskli hastaları başka hekime veya başka yere sevk etme,
- * Riskli hastaların gözünü olası yan etkilerle korkutup kaçırma,
- * Riskli hastaları başka sağlık kurumlarını överek kaçırma,
- * Girişimlerin riskini abartma,
- * Hekimlik mesleğini bırakma.⁶³⁷

Örneğin hayati riski olan bir hastanın tedavisi için mevcut sağlık kuruluşundaki imkânların yeterli olmasına rağmen, hastanın farklı bir sağlık kuruluşuna sevk edilmesi, yine yüksek risk taşıyan bir hastanın birbirine yakın uzmanlık alanları arasında yönlendirilerek hastayı kabulden kaçınılması, farklı tıbbi uzmanlık alanlarına ilişkin uzuvlarında ciddi yaralanmalar olan travma hastasının ilgili alanlarca öncelikle bir diğerine yönlendirilmeye çalışılması, yine cerrahi bir müdahale gereken hastanın, müdahalenin risklerini üstlenmemek adına ilaçla tedavi edilmeye çalışılması uygulamada sık karşılaşılan negatif defansif tıbbi uygulamalardandır.⁶³⁸ Defansif tıbbın, dünya genelindeki yaygınlığı ve birçok çalışmada, pozitif ve negatif defansif uygulamaların ikisinin de benzer oranlarda görülmesi, Ömer Göcen ve arkadaşlarının çalışmasındaki gibi PSTU'yi sık uygulayan hekimlerin, aynı zamanda NSTU'yu da benzer oranda uyguladığını göstermektedir.⁶³⁹

⁶³⁴ Johan Christiaan BESTER 2020, age, s. 413-420.

⁶³⁵ Maurizio CATINO 2011, age, s. 1-12.

⁶³⁶ Mehmet SELÇUK, Serkan ÇINARLI ve Sevinç ARSLAN-HIZAL 2015, age, s. 15-48.

⁶³⁷ Özgün ÜNAL 2020, age, s. 17.

⁶³⁸ Büşra ŞAHİN ve Özgü ALCALI 2020, age, s. 483-510.

⁶³⁹ Ömer GÖCEN, Ahmet YILMAZ, Hamza ASLANHAN, Tahsin ÇELEPKOLU, Suheyp TUNCAY ve Emre DİRİCAN 2018, age, s. 77-87.

2.4.4 Savunmacı Tıp Uygulamalarının Sonuçları

Bir araştırmanın sonuçlarına göre, defansif tıbbın sonuçları; ekonomik zarar, TUS tercihlerinin değişmesi, başarılı hekim bulmakta zorluk yaşama, hekimlerin mesleki çekinceleri, hastaların tedaviye geç ulaşmaları, tıp mesleğinin tercih edilmemesi, başarılı hekimlere ücretle ulaşma, hekimlerin iş yüklerinin artması, bazı hastanelerin iş yüklerinin artması, tıbbi hata riskinin artması, hekimlerin erken emekliye ayrılmak istemeleri, sağlık hizmetinden memnuniyetsizliklerinin artması ve hekimlerin yaftalanması/etiketlenmesi şeklindedir.⁶⁴⁰ Savunmacı tıp, artan sağlık hizmetleri maliyetleri ile ilişkilendirilmiştir, dahası, hastalara aşırı tedavi uygulanması, aşırı reçete yazılması ve aşırı tanı konması ile birlikte hekim-hasta ilişkisine olan güvenin azalması ile ilişkilendirilmek suretiyle, hastaların hekimlerin motivasyonlarına güvenmemesine ve hekimlerin hastaları potansiyel davacı olarak görmesine yol açmıştır.⁶⁴¹

Panella ve arkadaşlarının tanımına göre, “İkinci Kurban/Mağdur”, beklenmedik bir olumsuz hasta olayına karışan bir sağlık çalışanıdır. İkinci kurban/mağdur olmanın rolü ve savunma tıbbı için diğer olası belirleyiciler çoğunlukla belirsizdir.⁶⁴² Rinaldi ve arkadaşlarına göre, beklenmedik bir olumsuz hasta olayına karışan sağlık çalışanı “İkinci Kurban/Mağdur” olabilir. Bu sağlık çalışanları fiziksel ve psiko-sosyal olarak acı çekerler ve olay sonrası duygusal stresi çeşitli şekillerde duygusal destek alarak aşmaya çalışırlar. Yaptıkları bir çalışmada, tüm katılımcıların olumsuz olayı açıkça hatırladığını ve fiziksel ve psiko-sosyal semptomlarını ifade ettiğini görmüşlerdir. İkinci kurbanların/mağdurların elde ettiği psikolojik destek zayıf ve verimsiz olarak tanımlanmıştır. Rinaldi ve arkadaşlarına göre, sağlık çalışanları her gün “İkinci Kurban/Mağdur” olurlar ve insan kaynaklarının sağlık hizmeti altyapılarının en önemli temeli olduğu düşünüldüğünde,

⁶⁴⁰ Aysun YEŞİLTAŞ ve Ramazan ERDEM 2018, age, s. 486-500.

⁶⁴¹ Nathalie BAUNGAARD, Pia SKOVVANG, Elisabeth Assing HVIDT, Helle GERBILD, Merethe Kirstine ANDERSEN ve Jesper LYKKEGAARD (2020), “How Defensive Medicine is Defined and Understood in European Medical Literature: Protocol for a Systematic Review”, *BMJ Open*, S. 10 (2), e034300, s. 1-13, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7050374/>. ET. 03.04.2021

⁶⁴² M PANELLA, C RINALDI, F LEIGHEB, C DONNARUMMA, S KUL, K VANHAECHT ve F Di STANISLAOD (2016), “The Determinants of Defensive Medicine in Italian Hospitals: The Impact of Being a Second Victim”, *Rev Calid Asist*, S. 31 Suppl 2, s. 20-25.

olumsuz bir olaydan sonra bu sağlık çalışanlarını desteklemek ve eğitmek için etkin girişimsel programların uygulanması çok önemlidir.⁶⁴³

Savunma tıbbı gerek etik gerekse mesleki açılardan son derece sorunludur. Birincisi, savunma uygulamasının özünü tanımlayan bir savunma tıbbı tanımı önerilmektedir: Hekimi davaya veya bazı olumsuz sonuçlara karşı korumak amacıyla klinik eylemlerdir. Savunma tıbbına karşı etik argümanlar dikkate alınmalıdır: (1) savunma tıbbı aldaticıdır ve hastanın özerkliğine zarar verir;- (2) savunma tıbbı, hastanın çıkarlarını hekimin çıkarlarına tabi kılar ve itaatkar yükümlülüklerini ihlal eder;- (3) savunma tıbbı hastaları herhangi bir fayda sağlamaksızın zarara maruz bırakır;- (4) savunma tıbbı mesleğe olan güveni zayıflatır;- (5) savunma tıbbı adaletin yükümlülüklerini ihlal eder. Savunma tıbbı lehine olası argümanlar dikkate alınmamalı ve reddedilmelidir. Savunma uygulaması bu nedenlerle etik değildir ve profesyonellikten uzaktır ve tıbbi etik ve profesyonellik için bir meydan okuma olarak görülmelidir.⁶⁴⁴

Pek çok çelişkili ve örtüşen faktör nedeniyle, savunma amaçlı tıbbi uygulamanın maliyetini tahmin etmek zordur. Toplam sağlık bütçesi üzerindeki dava ve yanlış uygulamaların maliyetini tahmin etme girişimleri olsa da yalnızca birkaç çalışma, özellikle sağlık sistemi bütçesi ile ilgili savunma tıbbi uygulamalarının maliyetini değerlendirdi. Savunmacı tıbbın maliyetinin çok büyük olması bekleniyor, öyle ki ABD'de ortopedik cerrahi uzmanlığı için savunmacı tıbbın ulusal maliyetinin yıllık 2 milyar dolar olduğu tahmin ediliyor. rnek alınan doktorların %78'i bir veya daha fazla savunma tıbbı uyguladığını bildirdiğinden, bu çalışmadan Ulusal Sağlık Servisi içerisinde görev yapan hastane doktorları arasında savunmacı tıp uygulamalarının maliyetinin çok yüksek olacağından ve Ulusal Sağlık Servisi bütçe açıklarının ana nedenlerinden biri olabileceğinden şüphelenilmektedir.⁶⁴⁵ Yakın tarihli bir makale, ABD'deki savunma tıbbının maliyetinin sağlık harcamalarının %2-3' veya yılda 50 milyar ABD Doları'nın üzerinde olduğunu tahmin ediyor.⁶⁴⁶

⁶⁴³ C RINALDI, F LEIGHEB, K VANHAECHT, C DONNARUMMA VE M PANELLA (2016), Becoming a "Second Victim in Health Care: Pathway of Recovery After Adverse Even, *Rev Calid Asist*, S. 31 Suppl 2, s. 11-19.

⁶⁴⁴ Johan Christiaan BESTER 2020, age, s. 413-420.

⁶⁴⁵ Osman ORTASHI, Jaspal VIRDEE, Rudaina HASSAN, Tomasz MUTRYNOWSKI ve Fikri ABU-ZIDAN 2013, age, S. 14:42, <http://www.biomedcentral.com/1472-6939/14/42>. ET. 03.04.2021

⁶⁴⁶ Daniel KESSLER (1994), "Medical Malpractice, Defensive Medicine, and Physician Supply", *İçinde, Anthony J. Culyer, Encyclopedia of Health Economics*. s. 260-262, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780123756787011068>. ET. 03.04.2021

Hekimlerin gereksiz bir tıbbi prosedür izlemesi, fazladan tetkiklere başvurması, riskli hastaların hekim ve sağlık kuruluşları arasında yönlendirilmesi, hem hastalığın teşhis ve tedavi sürecini uzatmakta hem de sağlık sistemi bakımından önemli mali külfetlere neden olmaktadır. Defansif tıbbi uygulamalar bir yandan hekim ve hasta açısından vakit ve enerji kaybına neden olurken diğer yandan sağlık kuruluşlarındaki yoğunluğu artırmakta, sebep olduğu mali külfetler nedeniyle hem hastanın iktisadi durumu hem de ülke ekonomisi bakımından olumsuzluklara neden olabilmektedir.⁶⁴⁷

Günümüzde, savunmacı tıbbı doğuran etmenlerin hekimler üzerindeki baskısı o denli artmıştır ki, bu durum hekimlerin uzmanlık alanı seçimlerine dahi yansımıştır. Artık yüksek riskli olarak görülen tıpta uzmanlık alanları, TUS'ta (Tıpta Uzmanlık Sınavı) yüksek puan alarak dereceye giren adaylar tarafından tercih edilmemektedir. Uzman aday hekimler, giderek hastayla daha az ilişki kurulan, riskli tıbbi girişimlerin pek bulunmadığı ve zor hasta takibinin yapılmadığı bölümlere yönelmektedir. ÖSYM'nin yayınladığı '2017 TUS İlkbahar Değerlendirme Raporu'na göre; adayların tercih ettiği en yüksek ortalamalı bölümler; Deri ve Zührevi Hastalıkları, Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi, Radyoloji, Radyasyon Onkolojisi, Çocuk ve Ergen Ruh Sağlığı ve Hastalıkları, Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon, Tıbbi Genetik, Kulak-Burun-Boğaz Hastalıkları, Psikiyatri, Spor Hekimliği, Tıbbi Biyokimya, Mikrobiyoloji ve Klinik Mikrobiyoloji, Tıbbi Patoloji, Nükleer Tıp gibi alanlar iken; en düşük ortalamaya sahip bölümler, Kalp ve Damar Cerrahisi, Kadın Hastalıkları ve Doğum, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları, Genel Cerrahi, Beyin ve Sinir Cerrahisi, Çocuk Cerrahisi, Göğüs Cerrahisi, Acil Tıp gibi bölümler olmuştur. Yine ÖSYM'nin yayınladığı '2018 TUS İlkbahar Değerlendirme Raporu'nda; "Bu puanlar arasında en yüksek K Puanı ortalaması Deri ve Zührevi Hastalıkları alanına aittir. Çocuk Cerrahisi, Acil Tıp ve Göğüs Cerrahisi gibi uzmanlık alanlarına adayların görece düşük puanlarla yerleştiği gözlenmiştir." ifadesi bulunmaktadır. ÖSYM tarafından yayınlanan 2020 TUS 1. ve 2. Dönem Değerlendirme Raporu'nda üstteki duruma göre değişen mühim bir şey yoktur. TUS'ta en yüksek puan ile girilebilen uzmanlık alanları olarak, yine en başta Deri ve Zührevi Hastalıkları alanı yer almıştır ve diğer yüksek puanlı alanlar arasında da Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi, Radyoloji, Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon,

⁶⁴⁷ Büşra ŞAHİN ve Özgü ALCALI 2020, age, s. 483-510.

Radyasyon Onkolojisi, Nükleer Tıp, Çocuk ve Ergen Ruh Sağlığı ve Hastalıkları gibi uzmanlık alanları yer almaktadır.⁶⁴⁸

Savunmacı tıp uygulamalarının tüm istatistiksel olarak anlamlı belirleyicileri düzeltilmiş analizlerde tanımlanmıştır. Sorumluluk deneyiminin iki öznel ölçüsü - uzman hekimlerin sorumluluk kapsamının yeterliliğine olan güveni ve prim yükleri hakkındaki algıları- her türlü savunma uygulamasında en güçlü belirleyicilerdi. Savunma uygulamaları, katılımcıların sorumluluk sigortalarına olan güven eksikliği ve sigorta primlerinin algılanan yükü ile güçlü bir şekilde ilişkiliydi.⁶⁴⁹

2.4.5 Savunmacı Tıp Uygulamalarının Saptanması

Savunma tıbbi sorunu yaygın ve yaygındır. İtalyan doktorlar sık sık gereksiz testler, tedaviler ve uzman ziyaretleri reçete ettiklerini veya alternatif olarak, yanlış uygulama davalarıyla karşılaşma, tazminat talepleri alma, itibarlarını tehlikeye atma ve kariyerlerini tehlikeye atma korkusuyla yüksek riskli hastalardan veya prosedürlerden kaçındıklarını itiraf ediyorlar.⁶⁵⁰ Bir başka çalışmada, savunmacı tıbbın Pennsylvania'da çalışan yüksek riskli uzmanlar arasında yaygın olduğu ve 10 katılımcının 9'unun savunma uygulamalarını bildirdiğini görmekteyiz. Tanı testlerinin aşırı sıralanması, gereksiz yönlendirmeler ve yüksek riskli hastalardan kaçınma en yaygın savunmacı tıp formlarıydı; ankete katılanların dörtte üçü, bu savunma uygulamalarından en az l'ine katıldıklarını söyledi. Bu çalışmada, öncekilerde olduğu gibi, hekimlerin sorumluluk/yükümlülük deneyiminin ve maruziyetlerinin objektif önlemleri, bireysel olarak hekimlerin savunma amaçlı uygulama eğilimi ile ilişkili değildi. Bu fenomeni açıklarken Glassman ve arkadaşları, "savunma amaçlı uygulama yapma göstergesinin o kadar çok yayılmış olabileceğini ve bireysel deneyimin kolektif kaygının gölgesinde kalabileceğini" öne sürdüler. Kişisel kaygı da gerçek deneyimi gölgede bırakabilir. Daha sıkı geri ödeme oranları, daha iddialı hastalar, daha büyük idari yükler, sorumluluk sigortacıları tarafından düşürülme olasılığının artması ve doktorların sakinliğine yönelik diğer

⁶⁴⁸ ÖLÇME, SEÇME VE YERLEŞTİRME MERKEZİ (2021), 2020-TUS, 1. ve 2. Dönem Değerlendirme Raporu, <https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2020/GENEL/TUSdonem1-2degrapor22012021.pdf>. ET. 21.02.2021

⁶⁴⁹ David M STUDDERT, Michelle M MELLO, William M SAGE, Catherine M DESROCHES, Jordon PEUGH, Kinga ZAPERT ve Troyen A BRENNAN 2005, age, s. 2609-2617.

⁶⁵⁰ Maurizio CATİNO 2011, age, s. 1-12.

zorluklar, doktorları, sorumluluk riskinin tek başına provoke edemeyeceği savunmacı bir duruşa sokmaktadır.⁶⁵¹

2.4.6 Savunmacı Tıp Uygulamaları ile Sağlıkta Şiddet İlişkisi

Hindistan'da yapılan bir çalışmanın raporunda şöyle denilmektedir: Mahatma Gandhi'nin şiddetsizlik uygulaması, bağımsızlık öncesi dönemde milyonlara ilham verdi. Bununla birlikte, artan ekonomik isteklerin güçleri, yüksek stres seviyeleri, kentleşmeden kaynaklanan hayal kırıklığı, yüksek rekabet düzeyleri, çarpık ve rahatsız edici dini ve kültürel değerler kitleler arasındaki hoşgörüsüzlüğe katkıda bulunmaktadır. Bu aynı zamanda tıp kardeşliğine karşı güvensizlik duygusuna da yol açmıştır. Hindistan'da yapılan bir araştırma, sağlık personelinin yaklaşık %75'inin herhangi bir şekilde işyerinde şiddete maruz kaldığını göstermektedir.⁶⁵²

Şiddet olayları ve şiddet sonrasında yetersiz yönetsel bakım tedbirler hemşirelerin yeterliliğini azaltabilir ve bunun da hasta bakımı üzerinde olumsuz etkileri olabilir. Sağlık meslek mensuplarına yönelik fiziksel şiddet, hasta azalması, ilaç uygulama hataları ve ilaçların geç uygulanması durumları ile ilişkilendirilmiştir. Çok sayıda çalışma, şiddet olaylarının, ciddi psikolojik sıkıntı, artan iş stresi ve azalan iş verimliliği ile sonuçlandığını deneyimlerini ortaya koymuştur. Çin hastanelerinde, doktorlar arasında, savunma tıbbi uygulaması yıllardır rapor edilmektedir. Bunun doktor-hasta ilişkisi için de olumsuz etkileri olabilir ve daha sonra sağlık çalışanlarına yönelik şiddet olaylarına katkıda bulunabilir.⁶⁵³ Doktorlar artık kendi alanlarında yarı tanrılar veya otoriteler olarak kabul edilmiyorlar; bir yandan, alandaki seyreltme nedeniyle bunun için geçerli bir neden var; ancak, diğer yandan, güvensizlik tüm hekimler topluluğuna genelleştiriliyor. Tıbbi kararlar, ilgili hastalıkla ilgili Wikipedia referansları, hasta bakıcılarına güvenmemek, daha güvenli tarafta olmak için savunma tıbbi uygulamak ve kurumsal hastanelerde iş aramak şeklindeki faktörler tarafından değiştirilmektedir.⁶⁵⁴

⁶⁵¹ David M STUDDERT, Michelle M MELLO, William M SAGE, Catherine M DESROCHES, Jordon PEUGH, Kinga ZAPERT ve Troyen A BRENNAN 2005, age, s. 2609-2617.

⁶⁵² Sudip BHATTACHARYA, K KAUSHAL ve Amarjeet SINGH (2018), "Medical violence (Yi Nao Phenomenon): Its past, present, and future", *CHRISMED J Health Res*, S. 5, s. 259-63.

⁶⁵³ Jian GUAN 2017, age, s. 1731-1736.

⁶⁵⁴ Sudip BHATTACHARYA, K KAUSHAL ve Amarjeet SINGH 2018, age, s. 259-63.

2.4.7 Savunmacı Tıp Uygulamalarının Hekim-Hasta İlişkisi Üzerine Olan Etkileri

Kötüleşen doktor-hasta ilişkisi, sosyal bozulmanın, artan hoşgörüsüzlüğün ve artan güvensizliğin belirtisidir. Bu nedenle, bütün bu faktörlerin birlikte olarak ele alınması gerekir; tıp eğitiminin güçlendirilmesi, doktorlar ve hastalar arasındaki iletişimdeki önemli boşlukların doldurulması, doktorların aşırı çalışmasından dolayı sorunların çoğunun temel nedeni olan doktor başına düşen hasta sayısının azaltılması, hastalara karşı empatik tutum gereklidir. Hem tıbbi ihmal hem de hekime şiddet konusunda daha sert yasalara ihtiyaç vardır. Tıp müfredatı, kesinlikle, iletişim yetenekleri dersi bakımından geliştirilmelidir. Medya, doktorların ve tıp mesleğinin imajının iyileştirilmesinde, ihmal vakalarından daha çok rol modelleri projelendiren bir işlev görebilir, böylece genç beyinler etik uygulamaları benimseyebilir. Ayrıca, hekimlerin yargı sistemine olan güveninin devam etmesi için doktorlara yönelik şiddet dayanılmaz bir suç haline getirilmelidir.⁶⁵⁵ Çin kaynaklı bir makale şu ilginç düşünceyi dile getirmektedir: “Şiddet olaylarının sıklığı nedeniyle savunmacı tıp davranışları daha yaygın hale geliyor. Çin Haksız Fiil Kanunu, herhangi bir ameliyat, özel muayene veya özel tedavi için hasta veya ailesinin yazılı bilgilendirilmiş onamını zorunlu kılarak durumu daha da kötüleştirmektedir.”⁶⁵⁶

Sağlık hizmetlerinin sunumu sırasında yaşanan aksaklıklar nedeni ile son yıllarda daha kalıcı ve hızlı çözümler araştırılmaktadır. Hata yapan sağlık personelinin daha etkin değerlendirilmesi için bir takım yasal düzenlemeler yapılmış ve yeni önlemler gündeme gelmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği ile hastaların hakları korunurken, sağlık personeli ile ilgili düzenlemeler çok gerilerde kalmıştır. Mevcut yasal düzenlemelerdeki belirsizlikler ile yeni ve ağırlaştırılmış koşullar, açılan birçok davada hekimlerin ceza ve tazminat sorumluluğu ile karşı karşıya kalmasına neden olabilecektir. Geline nokta, “Ülkemizde hiçbir doktorun kendini malpraktis davalarının uzağında göremeyeceği” şeklindedir. Bu kapsamda en önemli öneri, CMK'nın bilirkişilik ile ilgili maddeleri kapsamında sağlanan, yukarıda belirtilen haklardan yararlanılması ve iyi hekimlik uygulamalarının tutum ve davranışlara yansıtılması olacaktır.⁶⁵⁷

⁶⁵⁵ Age, s. 259-63.

⁶⁵⁶ Jian GUAN 2017, age, s. 1731-1736.

⁶⁵⁷ Gürçan ALTUN ve Abdullah Coşkun YORULMAZ (2010), “Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis”, *Trakya Univ Tıp Fak Derg*, S. 27-Suppl 1, s. 7-12.

2.4.8 Savunmacı Tıp ile İlgili Genel Sorumluluk Kavramı

"Savunma tıbbının" yararları ve dezavantajları konusunda devam eden bir tartışma var. Savunanlar ve karşıtlar kendi bakış açılarını yaymak için birbirleriyle rekabet etmektedirler. Tıp mesleği, kimileri tarafından ahlaka aykırı, hırslı, korkakça ve savunma tıbbi olarak adlandırılan bir uygulama yüzünden, köklü güvenilirliğini, hasta güvenini ve mesleki dürüstlüğü kaybediyor mu? Savunmacı tıp uygulamaları aslında korkakça, ölçsüz ve etiğe aykırı değil mi; yoksa yasal tehdit gibi zorlayıcı koşullar altında rasyonel ve kabul edilir mi?⁶⁵⁸ Savunmacı tıp yaygınlaşmıştır. Savunmacı tıp uygulamaları, genellikle bir sistem sorunu olarak düşünülür, karşı taraftaki bir yanlış uygulama ortamının kaçınılmaz sonucu olarak değerlendirilir ve bunun sonucunda sistem tepkilerine ve haksız fiil reformuna odaklanır. Ancak savunmacı tıbbin, haksız fiil reformu ihtiyacının ötesinde değerlendirilmesi gereken etik ve profesyonellik çıkarımları da vardır.⁶⁵⁹

2.4.9 Tıpta Standart Uygulamalar ve Savunmacı Tıbbin Belirleyicileri

Savunmacı tıp, hekimlerin, kendilerini olası tıbbi uygulama hatası davalarına karşı korumak amacıyla, standart uygulamalardan ve operasyon prosedürlerinden kasıtlı olarak ayrılmasıdır. Kısacası, kanaatimce, savunmacı tıp uygulamalarının temelinde, hekimin, hasta veya hasta yakınları tarafından öne sürülebilecek tıbbi malpraktis iddialı davalardan kaçınma ve kendini emniyete alma dürtüsü yatar.

1957'den beri Bolam testi ihmal uygulamasını değerlendirmek için kullanılmaktadır. Şöyle belirtiyor: "Bir doktor, o özel teknikte uzman tıbbi adamlardan oluşan sorumlu bir kurum tarafından uygun olarak kabul edilen bir uygulamaya göre hareket etmişse, ihmalden suçlu değildir. Başka bir deyişle, böyle bir uygulamaya göre hareket eden bir doktor ihmalkâr sayılmaz, çünkü sadece aksi bir görüşe sahip bir fikir yapısı vardır." Doktorlardan, tıp dernekleri veya enstitüler tarafından geliştirilen ilgili kılavuzlara dayalı olarak asgari bir bakım standardı sağlamaları beklenir. Bu minimum standartlara uyulmaması durumunda, temerrüde düşen kişi kendini ihmal suçlamalarına maruz bırakır. Doğru tanı koyamamak ve uygun tedaviyi sağlayamamak, hastayı bilinen riskler konusunda uyaramamak,

⁶⁵⁸ Sankalp DUDEJA ve Nonita DHİRAR (2018), "Defensive medicine: Sword of Damocles", *The National Medical Journal of India*, S. 31 (6), s. 364-365.

⁶⁵⁹ Johan Christiaan BESTER 2020, age, s. 413-420.

tedavi sonrası kötü tıbbi bakım ve hatta tıbbi prosedürler sırasında yanlışlıkla ihmal-bunların hepsi tıbbi malpraktis kategorileri olarak değerlendirilmiştir. Dava korkusu, hekimleri ihtiyatlı davranmaya ve savunma tıbbına düşkün olmaya sevk eden birincil nedendir. İddia edilen tıbbi ihmal veya yanlış uygulama, kanıtlanırsa, mağdur tarafa fail (ler) den ağır mali tazminat alma hakkı verir veya başka cezai sonuçları vardır. Dava nedeni, her türlü zarar için büyük mali tazminat taleplerini kolaylaştıran haksız fiiller yasasından kaynaklanmaktadır. Haksız fiil hukuku, gelişmiş ülkelerde iyice yerleşmiştir ve diğer ülkeler de bunu takip etmektedir. Sonuç olarak, pratik olma ve biraz sağduyu kullanma pahasına bile, doktorlar savunma tıbbına yenik düşerler. Savunmacı tıp pahalıdır ve sağlıkla ilgili ve diğer risklere sahiptir. Zarar fiziksel travma, zihinsel travma veya radyasyona maruz kalma şeklinde olabilir. Doktorların hastaların beklentilerini karşılama ve çatışmalardan kaçınma arzusu, savunma tıbbına katkıda bulunan diğer faktörlerdir. Elbette, açgözlülük ve açgözlülük içeren parasal kaygılar ve kazanılmış çıkarlar bazen bu fenomene katkıda bulunabilir.⁶⁶⁰

Kanaatimce, tıpta standart uygulama kavramı, üzerinde çok tartışma olan ve günümüzde birçok sahada henüz kesinlik kazanmayan bir konudur. Bu sorun defansif tıbbın varlığının ya da yokluğunun belirlenmesi meselesinde bilhassa karşımıza çıkar. Tıbbın birçok alanında asgari uygulama standartları belirlenmiş olsa dahi optimal uygulama standardının ne olduğu konusunda mutlak bir kesinlik yoktur. Bir teşhis ya da tedavi yöntemi, büyük bir çoğunluk tarafından standart ve optimal uygulama kabul edilirken yine azımsanmayacak bir hekim kitlesi başka bir yöntemi ve daha başka bir hekim kitlesi ise üçüncü bir yöntemi üstün ve değerli bulabilir. Günümüzde, birçok uzmanlık örgütü tarafından çeşitli hastalıkların teşhis ve tedavisine yönelik kılavuzlar (guideline) açıklanmış olsa da bu durum tıbbın bütün sahalarını kapsamaktan çok uzaktır.

Standart sağlık hizmeti doktrininin teşhis ve tedaviye uygulanmasındaki önemli zorluk, standart tedavinin gerçekte ne olduğunu tanımlamaktır. Birçok hastalığın teşhis ve tedavisi için belirli kesin minimum standartlar var olsa da teşhis ve tedavi için şu ana kadar optimum ve net standartlar belirlenmiş değildir. Dahası, bir hekimin defansif tıp olarak düşündüğü şey bir diğer hekim tarafından yüksek kaliteli tıbbi uygulama olarak değerlendirilebilir. Teşhis tetkikleri ile ilgili bir hekimin defansif tıp uygulaması diğer bir hekim için iyi uygulama olabilir. Tanı

⁶⁶⁰ Sankalp DUDEJA ve Nonita DHİRAR 2018, age, s. 364-365.

tetkikleri farklı hekimlerde farklı seviyelerde defansif seviyeye ulaşabilir. Savunma tıbbı hakkında çok az sağlam bilgi var. Yapılan çalışmalar istatistiksel zorluklarla doludur ve hiçbir şekilde kesin değildir. Tıbbın birçok uzmanlık alanındaki standartları net olarak tanımlanmamıştır, bu yüzden bir hekime defansif tıp olarak görünen şeyin bir başkası için kaliteli tıbbi tedavi anlamına gelebileceği bildirilmiştir.⁶⁶¹⁻⁶⁶²⁻⁶⁶³

2.4.10 Savunmacı Tıp Uygulamalarının Ceza Hukuku Alanında Sonuçları

Savunmacı tıbbın hukuki sonuçları kendine özgü yapısından kaynaklanır. Savunmacı tıbbın özü sağlık hizmetinde gerekli işlemin yapılmaması ya da gereksiz işlemin yapılmasıdır. Ülkemizde hukuki sorumluluk; cezai, hukuki (tazminat) ve idari sorumluluk olarak kümelenebilir.⁶⁶⁴ Tezimizin sınırları gereği olarak bu kısımda başlıca ceza sorumluluğu üzerinde durulacaktır.

Kanaatimce, bir tıbbi uygulama hatası davasıyla karşı karşıya kalmaktan kaçınan hekim, savunmacı tıp şeklindeki kaçınmasının yol açtığı zararlar konusunda suçlandığı zaman ortalama bir malpraktis suçlamasına kıyasla çok daha ciddi bir hukuki problem ile yüz yüze kalacaktır. Türkçe’de bir deyim vardır:⁶⁶⁵ “Dimyat’a (ya da Payas’a) pirince giderken evdeki bulgurdan olmak”. Daha iyi bir şey elde edeyim derken eldekini de yitirmek anlamına gelir. Zira, malpraktis uygulamaları genel olarak tıbbi hata-kusur-taksirli davranıştan sorumluluk kavramları ile değerlendirilir. Buna karşın, negatif savunmacı tıp uygulaması özelinde, bu eylemler hekimin bazı durumlarda kasıtlı (bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği ya da sonucu öngörerek kabullendiği) bir eylemi olduğu için yargılama safhasında “olası kast” ya da “ihmalî davranışla kasten öldürme” şeklinde değerlendirilebilecektir. Hekimin icrai ya da ihmalî eylemi iradi fakat sonucu öngörerek veya öngöremeyerek gerçekleştirdiği bir fiil ise duruma göre basit ya da bilinçli taksir olarak kabul edilecektir. Özellikle, negatif defansif tıp uygulamaları söz konusu olduğunda, hekimin salt kendi durumunu düşünerek hastanın karşı karşıya olduğu ciddi riskleri umursamadığı (göze aldığı ve kabullendiği) varsayılabilecektir. Başka bir ifadeyle, hekim kendisi açısından gördüğü (algıladığı) risklerle hastanın karşı karşıya olduğu

⁶⁶¹ Laurence R TANCREDI ve Jeremiah A BARONDESS 1978, age, s. 879-82.

⁶⁶² Nicholas SUMMERTON 1995, age, s. 27-9.

⁶⁶³ Kerem YILMAZ, Oğuz POLAT ve Begüm KOCAMAZ 2014, age, s. 19-51.

⁶⁶⁴ Kerem YILMAZ (2014), Defansif Tıp. 1. Baskı, *Seçkin Yayıncılık*, Ankara, s. 60.

⁶⁶⁵ Ali PÜSKÜLLÜOĞLU 2004a, age, s. 285.

riskleri değerlendirmiş ve hukuka aykırı olarak kendi menfaatini ön planda gözetmek suretiyle hastanın tıbbi risklerini kabullenmiş (umursamamış) addedilecektir.

2.4.10.1 Pozitif Savunmacı Tıp Uygulamalarından Kaynaklanan Ceza

Sorumluluğu

Sorumluluk hukukunun temel amacı, bir kimsenin malvarlığında veya kişilik değerlerinde, iradesi dışında meydana gelen eksilmenin yani zararın giderilmesidir. Zarar verenin, yerine getirmek zorunda olduğu bu giderim yükümlülüğüne, tazminat yükümlülüğü denilir.⁶⁶⁶ Hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden söz edebilmek için, tıbbi girişimin, tıp bilimi verileri açısından gerekli ve zorunlu olması yani endikasyon şartının gerçekleşmesi ve tıbbi müdahalenin, tıp biliminin objektif verilerine yani tıbbi standartlara uygun olması gerekir.⁶⁶⁷ Defansif tıbbi uygulamaların, en önemli tartışma noktalarından bir tanesi, bu tıp uygulamaların, çoğu zaman tıbben gerekli olmamasına rağmen ve olağan tıbbi standartlardan sapmak suretiyle gerçekleştirilmesidir.⁶⁶⁸

Hekimin teşhis veya tedavi aşamasındaki kusurlu davranışının, icrai veya ihmali bir hareketten meydana gelmesi arasında herhangi bir fark yoktur. Hekim tıbben gerekli bir hareketi yapmamak veya tıbben gerekli olmayan bir hareketi yapmak suretiyle kusurlu bir davranış sergileyebilir. Negatif defansif tıbbi uygulamalar kapsamında değerlendirilen hekimin hukuki sorumluluktan kaçınmak amacıyla hastaya bakmaktan kaçınması, hastayı gerekmediği halde farklı hekim veya sağlık kuruluşlarına yönlendirmesi ise, özellikle aciliyet arz eden durumlar bakımından hastalığın teşhis ve tedavisinin geciktirilmesi, hastanın yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün ihmali davranışlarla ihlal edilmesi sonucunu doğurur.⁶⁶⁹

Kanaatimce, pozitif uygulamalardan olan salt hastaları daha fazla bilgilendirme ve hasta takiplerini sıklaştırma tarzındaki davranışlar neticesinde, hastanın zarar görme ihtimalinin bulunma olasılığı yoktur. Hatta bu türden yaklaşımların sağlık hizmetlerinde kalite standardını arttırmada önemli olduğu

⁶⁶⁶ Fikret EREN (2015), *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Yetkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara, s. 724, 780, Aktaran Büşra ŞAHİN ve Özgü ALCALI 2020, age, s. 483-510.

⁶⁶⁷ Büşra ŞAHİN ve Özgü ALCALI 2020, age, s. 483-510.

⁶⁶⁸ Kerem YILMAZ, Oğuz POLAT ve Begüm KOCAMAZ 2014, age, s. 19-51.

⁶⁶⁹ Büşra ŞAHİN ve Özgü ALCALI 2020, age, s. 483-510.

söylenbilir. O yüzden, bu tip davranışlar hakkında cezai anlamda herhangi bir değerlendirme yapabilmek olası değildir.

Tabibin fazladan çeşitli konsültasyonlar istemesi ve tıbbi endikasyon olmaksızın hasta yatırma uygulaması ise tıp etiği açısından sakıncalıdır ve kimi durumlarda özel hukuk anlamında sorumluluk doğurabilir. Bununla birlikte, kanaatimce, sonuçları bakımından bu tür davranışların çoğu, ceza hukukunun ilgi alanına girmez. Bu açıdan, kamuda çalışan hekim bakımından, 5237 Sayılı TCK'nın 257. maddesinin uygulanabileceği haller söz konusu olabilir ki özelde çalışan tabip için bu da söz konusu olmayacaktır.

Pozitif uygulamalar bağlamında esas tartışma konusu olan eylemler, beraberinde hastanın vücut bütünlüğü açısından zarar görmesi ihtimalini de getiren; fazladan ilaç yazma ve girişimsel müdahaleler ekseninde gelişen fazladan tıbbi tetkik ve tahlil istenmesidir.⁶⁷⁰

Kanaatimce, pozitif savunmacı davranış olarak, tıbbi endikasyon dışında hasta yatırılıp ona birtakım girişimlerde bulunulması (damar yolu açılması, serum takılması ve benzeri), röntgen çekilmesi, biyopsi yapılması, gerekmediği halde hastanede daha uzun süre yatırılmasından mütevellit hastane enfeksiyonu kapma riskinin artırılması gibi uygulamalar ceza hukukunun alanına girer ve sorumluluk doğurabilir.

2.4.10.1.1 İlaçların Tıbben Gereksiz Kullanımı

Günümüz tıbbında, hastalıkların gerek tanısında gerekse sağaltımında ilaç adı verilen kimyasal içerikli maddelerin kullanımı yaygındır. Doğal olarak, bu ajanların “terapötik doz” denilen aralıkta kullanılması doğru ve faydalı bir yaklaşım iken, bu dozların altında ya da üstünde kullanılması, tanı veya tedavide istenilen sonuçların alınamamasına, yan etkilerin artmasına ve neticede hasta için zarar doğurucu durumların ortaya çıkmasına yol açabilir.

Dünya Sağlık Örgütü'nün (DSÖ/WHO) uzman komitesinin ikinci raporu “The Use of Essential Drugs” başlığını taşır ve 1985 yılında yayınlanmıştır. Buna göre; Temel ilaçlar, nüfusun çoğunluğunun sağlık bakımı ihtiyaçlarını karşılayan ilaçlardır; bu nedenle her zaman yeterli miktarlarda ve uygun dozaj formlarında mevcut olmalıdırlar. Bu tür ilaçların seçimi, yaygın hastalıkların paterni, tedavi

⁶⁷⁰ Kerem YILMAZ, Oğuz POLAT ve Begüm KOCAMAZ 2014, age, s. 19-51.

tesisleri, eğitim, mevcut personelin deneyimi, mali kaynaklar ve genetik, demografik ve çevresel faktörler gibi birçok faktöre bağlıdır. Sadece yeterli klinik çalışmalardan etkililik ve güvenlikle ilgili sağlam ve yeterli verilerin elde edildiği ve çeşitli tıbbi ortamlarda genel kullanımda performans kanıtı elde edilen ilaçlar seçilmelidir.⁶⁷¹ İfade edilen çerçeve dışında, yani akılcı olmayan bir şekilde ilaç kullanımı neticesinde ise; hastalığın tedavisinde yetersiz kalınması, istenmeyen etki riskinde artış, ilaç etkileşimleri olasılığında artış, gereksiz tedavi maliyeti ve işten kalma ve kazanç kaybı gibi istenmeyen durumlarla karşı karşıya kalınacağı yapılan çalışmalarda belirtilmiştir ki ben de aynı kanıdayım.⁶⁷²

Yılmaz ve arkadaşlarına göre; tabiplerin defansif amaçla tıbbi gerekliliği olmayan ilaç reçetelendirmesinin arkasında yatan nedenler içinde; fazladan ilaç yazmak suretiyle eksik ilaç önerilmesi gibi sorgulamalardan kaçınma; hastanın daha etkin bir tedavi veya koruma altına alınması ve belirtileri gözden kaçmış olabileceği düşünülen kimi olası risklerin, fazladan yazılan bu ilaçlar vasıtasıyla bertaraf edilmesi düşüncesi yatmaktadır. Bu manada hekimin, temel amacı hastasına uyguladığı tedavi yönteminin etkisini arttırmaktır. Fazladan ilacı iradi olarak yazmış olmakla birlikte, hastanın zarar görmesi manasında herhangi bir iradesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu gibi durumların ekseriyeti, basit ya da bilinçli taksir sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilecek ve hekimin olumsuz neticeyi öngörüp öngörememesi bağlamında basit-bilinçli taksir ayrımı ile ceza tayini yapılacaktır.⁶⁷³ Ancak bu konuda Selçuk ve arkadaşlarının değerlendirmeleri farklıdır. Onlara göre, mealen; gereksiz ilaç yazma, gereksiz görüntüleme ve gereksiz tetkik uygulamalarında bulunmak, defansif tıbbi uygulamanın amacı hastanın yararı değil de hekimin kendi çıkarı olduğuna göre, tıbbi endikasyonun varlığından ve iyi niyetten söz edilemez. Ayrıca gereksiz ilaç yazma ve tetkik yaptırma davranışı bilerek ve isteyerek yapıldığına göre, kasıtlı bir fiildir, yaptırımlar buna göre

⁶⁷¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION (1985), The Use of Essential Drugs (Second Report of the WHO Expert Committee 722), Geneva, https://ass.who.int/iris/bitstream/handle/10665/38831/WHO_TRS_722.pdf;sequence=1. ET.

03.04.2021

⁶⁷² Michael REİCH (1987), "Essential Drugs: Economics and Politics in International Health", *Health Policy*, S. 8 (1), s. 39-57,

<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/0168851087901291#aep-keywords-id5>. ET.

03.04.2021

⁶⁷³ Kerem YILMAZ, Oğuz POLAT ve Begüm KOCAMAZ 2014, age, s. 19-51.

belirlenir. Selçuk ve arkadaşları, en iyi ihtimalle olası kast olarak değerlendirilmelidir, diyorlar.⁶⁷⁴

Kanaatimce, doğal olarak, fazladan ilaç reçete edilmesi veya tetkik yaptırılması durumunda zararlı bir sonucun ortaya çıkması halinde, hekim izin verilen risk kuralından yararlanamaz. Çünkü gereksiz ilaç yazılmış olması veya tetkik yaptırılması başlı başına bir tıbbi uygulama hatası olacaktır. Bu konuda, her somut olguyu değerlendirirken dikkat edilmesi gereken husus şudur: O hasta için fazladan yazılan ilaç tedavide hiçbir olumlu katkıda bulunmayacak ve bahsi geçen hastalığın tedavisinde kılavuzlara göre herhangi bir endikasyonu olmayan ajan ise ve yine fazladan yapılan tetkik (noninvaziv veya invaziv) hiçbir ek tanısal yarar sağlamayacaksa bu durumda tıbbi endikasyon dışılık durumu söz konusu demektir. Bu durum iki şekilde ele alınabilir: Hekim, bu ilacı reçete ederken ya da bu tetkiki yaptırırken (veya fiilen yaparken), örneğin hastada ortaya çıkması olası alerji ve benzeri durumları önceden araştırmış ve şansına güvenerek, “inşallah bir şey olmaz” diyerek hareket etmiş ise bilinçli taksirden sorumluluğuna gidilebilir. Hiçbir ön araştırma yapmaksızın ya da tedbir almaksızın hareket etmiş ve ortaya çıkabilecek zararlı sonucu göze almış (kabullenmiş) ise olası kasttan sorumlu tutulabilir. Tanı ve tedavi kılavuzlarının ehemmiyeti burada bir kez daha öne çıkmaktadır ve yol gösterici olmaktadır.

2.4.10.1.2 Tetkik Yöntemlerinin Tıbben Gereksiz Kullanımı

Günümüzde, hızla gelişen teknolojinin tıp alanına kazandırdığı çok sayıda tetkik cihazı ya da girişimsel yöntem vardır. Teknolojik cihazların gereksiz veya fazladan kullanılması savunmacı tıp uygulamaları içinde yer alan eylem biçimlerinden biridir. Pozitif savunmacı tıp uygulamaları içinde tetkik yöntemlerinin fazladan ya da gereksiz kullanımı da bulunmaktadır. Bu manada, örnek vermek gerekirse, bilgisayarlı tomografi, nükleer sintigrafi, magnetik rezonans görüntüleme gibi non-invaziv yöntemler ve anjiyografi, venografi, biyopsi gibi invaziv tetkikler ilk akla gelenlerdir. Non-invaziv olan tetkik yöntemlerinin, hasta bakımından gereksiz yere radyasyon, nükleer madde ya da başkaca zararlı maddeler alması söz konusu iken, invaziv yöntemler ise doğrudan hasta bedeni üzerinde kasten yaralama eylemini de içerdikleri için daha yüksek oranda yaralayıcı ve zarar verici sonuçlar

⁶⁷⁴ Mehmet SELÇUK, Serkan ÇINARLI ve Sevinç ARSLAN-HIZAL 2015, age, s. 15-48.

doğurabilirler. Bu noktada ifade etmeliyim ki, tıpkı gereksiz ilaç kullanımında olduğu gibi, teşhise yönelik olarak kullanımı söz konusu olan tetkik araç ve yöntemlerinin de gereksiz kullanımı hukuki sorunlar doğurabilecektir. Kimi girişimsel uygulamaların hastaların vücut bütünlüğü üzerinde olumsuz etkileri olabilmekte ve söz konusu uygulamaların defansif amaçla gerçekleştirilmesi; bu uygulamaların ceza hukukunun ilgi alanına girmesine neden olabilecektir. Biyopsi gibi hastanın vücut dokunulmazlığı ihlal edilerek gerçekleştirilen uygulamalar, ilk bakışta tipiklik açısından kasten yaralama ile uyuşmaktadır.⁶⁷⁵

Selçuk ve arkadaşlarına göre; Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasına göre hastanın rızası olsa bile tıbbi zorunluluk olmadan tıbbi girişim yapılamaz. Çünkü tıbbi girişimin temel koşullarından biri tıbbi gereklilik (endikasyon) bulunmasıdır. Tıbbi gereklilik olup da yapılan işlemde dolayı zarar oluştuğunda ortada kast yoktur. Uygulamada genelde bu taksirli eylem kabul edilir ve buna göre yaptırım uygulanır. Oysa, defansif tıbbi uygulamanın amacı hastanın yararı değil de hekimin kendi çıkarı olduğuna göre, tıbbi endikasyonun varlığından ve iyi niyetten söz edilemez. Ayrıca bilerek ve isteyerek yapıldığına göre kasıtlı bir fiildir, yaptırımlar buna göre belirlenir. En iyi olasılıkla olası kast olarak değerlendirilmelidir.⁶⁷⁶

Bu konudaki düşüncem şudur: O hasta için fazladan yapılan tetkik (noninvaziv veya invaziv) hiçbir ek tanısız yarar sağlamayacaksa bu durumda tıbbi bir endikasyon yok demektir. Bu durum somut olgu bakımından iki şekilde ele alınabilir: Hekim, bu tetkiki yaptırırken (veya fiilen yaparken), örneğin hastada ortaya çıkması olası alerji ve benzeri durumları önceden araştırmış ve şansına güvenerek, “inşallah bir şey olmaz” diyerek hareket etmiş ise bilinçli taksirden sorumluluğuna gidilebilir. Hiçbir ön araştırma yapmaksızın ya da tedbir almaksızın hareket etmiş ve ortaya çıkabilecek zararlı sonucu göze almış (kabullenmiş) ise olası kasttan sorumlu tutulabilir. Tanı ve tedavi kılavuzlarının önemi burada ortaya çıkmaktadır ve değeri büyüktür.

⁶⁷⁵ Kerem YILMAZ, Oğuz POLAT ve Begüm KOCAMAZ 2014, age, s. 19-51.

⁶⁷⁶ Mehmet SELÇUK, Serkan ÇINARLI ve Sevinç ARSLAN-HIZAL 2015, age, s. 15-48.

2.4.10.2 Negatif Savunmacı Tıp Uygulamalarından Kaynaklanan Ceza

Sorumluluğu

Sağlık hakkı başta olmak üzere, ilkyardım ve acil tıbbi yardım gerektiren hallerde tedavi edilme hakkı ulusal ve uluslararası mevzuatta düzenlenip güvence altına alınmıştır. Kalp krizi veya trafik kazası geçirilmesi sebebiyle ilkyardım ve acil tedavi gerektiren bir sağlık sorunuyla hayatın her anında, her ortamda karşılaşmak mümkündür. Uçakta seyahat sırasında kalp krizi geçiren veya yolda kaza geçirip yaralanan kişilere derhal müdahale edilmesi hayati öneme sahiptir. Zamanında ve doğru yapılan ilkyardım hayat kurtarmakta, gecikme veya yanlış uygulama telafisi mümkün olmayan sonuçlara sebep olmaktadır. İlkyardım yapıldıktan sonra da hastanın acil tedavisinin yapılacağı hastaneye ulaştırılması ve gereken tıbbi müdahalenin zamanında yapılması büyük önem taşır. Hekimin veya hastanenin, hastayı geri çevirip acil sağlık hizmeti sunmaması halinde, bu durumun hukuki sonuçları olacaktır.⁶⁷⁷

Hekimlerin görev ve uzmanlıkları ne olursa olsun acil durumlarda, hastaya müdahalede bulunma zorunlulukları söz konusudur. Bu konuda, zorunluluk getiren başlıca hükümler, kanaatimce şunlardır: 1) Hususi Hastaneler Kanunu (*Kanun Numarası: 2219, Kabul Tarihi: 24/5/1933*) acil durumlarda hastaya müdahale edilmesi mecburiyeti hususunda şu düzenlemeyi getirmektedir: “Madde 32 – Hususi hastaneler ihtisas daireleri içinde bulunan ve resmi makamlar tarafından para ile tedavi edilmek üzere gönderilen hastaları alır ve tedavi ederler. Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir. Bunlardan fakir olanların yatırılarak tedavileri lazımsa hastanenin parasız kısmına alınır. Parasız yatakları olmayan hastaneler bu fakir hastaları nakilleri kabil hale gelinceye kadar yatırarak tedavi ederler. Bu suretle yatırılan fakir hastalara ait gündelik tedavi ve ilaç paraları o yerin belediyesince ödenir.” 2) Bu konuda Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun (*Kanun Numarası: 224, Kabul Tarihi: 5/1/1961*) ise şöyle bir hüküm sevk etmiştir: “Madde 12 – Hastaneler, sağlık ocaklarından veya sağlık merkezlerinden veya diğer hastanelerden gönderilen veya durumları acil müdahaleyi icap ettiren veya 13’üncü madde hükümlerine göre

⁶⁷⁷ Neriman ÖZDEMİR (2019), “İlkyardım ve Acil Yardım Gereken Hallerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, S. 93 (1), s. 198-224.

müracaat eden hastaları ayakta veya yatarak tedavi etmek ve uhdelere verilen koruyucu ve sosyal sağlık hizmetlerini yapmakla mükellefdirler.” 3) Hekimin, acil durumlarda, ilk yardımda bulunma yükümlülüğü konusunda, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (*Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 13.1.1960, No: 4/12578*) şöyle demektedir: “Madde 3 – Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur. Dış tabibi de kendi sahasında aynı mükellefiyete tabidir.” 4) Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği’nin 14. maddesinin (d) bendi şu hükmü sevk etmiştir: “Muayenehane, Özel Poliklinikler ve Özel Hastaneler: Fertler arasında sosyal statü ve görevleri bakımından ayırım yapmaksızın, imkanları ölçüsünde gereken acil tıbbi müdahalede bulunmakla ve Merkeze gerekli bildirimini yapmakla, mükelleftir.” 5) Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin 8. maddesi ise konuyu şu şekilde ortaya koymuştur: “Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınmaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir.”

Negatif savunmacı tıp uygulamaları, benim kanaatime göre, esas itibarıyla, hekim bakımından ihmali davranışların sergilendiği ve hastaya müdahaleden kaçınıldığı bir durumdur. Hekim, savunmacı davranışlar takınmak suretiyle, hastanın teşhisinde ya da tedavisinde gecikmeye sebebiyet verebilir ve bu eylemi hastanın maddi-manevi zarar görmesi ile neticelenebilir. Hekimin, gerekli teşhis ve tedaviye yönelik uygulamaları yapmaması ve hastadan kaçınmak suretiyle çekinik davranış sergilemesi hastanın zarar görmesine ve hatta ölümüne yol açabilir. Bu durumda, çekinik tıbbi uygulamaları nedeniyle hekimin sorumluluğu doğar. Söz gelimi, akut miyokart enfarktüsü (AMI) olarak adlandırılan kalp krizi geçirmekte olan bir hasta derhal tıbbi müdahaleyi gerektirir. Hekimin, elinde yeterli tıbbi imkân bulunmasına rağmen, gerekli tıbbi müdahalede bulunmaması hastanın zarar görmesi ya da ölümü ile neticelenebilir. Yine, akut batın olarak adlandırılan bir seri acil durum vardır ki, bunlar olabildiğince acil tıbbi ve cerrahi müdahale gerektirir. Gerekli ilaç, alet, cihaz ve personel bulunmasına rağmen hekimin savunmacı tıp uygulaması sonucu hastayı gereksiz yere uzak bir merkeze sevk etmesi ve hastanın yolda ya da vardığı merkezde zaman kaybına bağlı olarak durumunun kötüleşerek hayatını kaybetmesi halinde negatif savunmacı tıbbin olumsuz ve zararlı yüzü kendini göstermiş olacaktır.

Defansif tıbbi uygulamaların en önemli paradokslarından birisi, söz konusu uygulamaların, hukuki güvenliğini sağlamak amacıyla buna başvuran hekimi, bir başka yönden hukuki sorumlulukla karşı karşıya bırakacak olmasıdır. Zira olası tıbbi uygulama hatası iddialarını bertaraf etmek için güvence veya çekinme davranışları sergileyen hekim, hastaya tıbbi endikasyon olmaksızın tıbbi müdahalede bulunarak veya tıbbi endikasyon olmasına rağmen hastaya yapılması gereken tıbbi müdahaleyi yapmayarak hekimlik mesleğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemektedir. Şüphesiz hekimin temel yükümlülüğü, mesleğini meslek etiği ilkelerine ve hukuk kurallarına uygun olarak icra etmesidir.⁶⁷⁸

Negatif defansif tıp uygulanırken çoğunlukla ortada bir eylem yok gibi görünmesine karşın yapılmayan durum yapılması gereken duruma eşdeğer durumda olabilir. Yani ihmali bir hareket bulunabilir.⁶⁷⁹ Negatif uygulamaların hemen hemen hepsi içeriğinde, tıbbin uygulanması esnasında gerekli teşhis ve tedavi imkanları mevcut olduğu halde; kaçınma, ihmal ve hareketsiz kalma gibi hekimlik mesleği ile bağdaşmayan eylemleri barındırmaktadır. Hastaların sevk edilmesi ya da hekimin hastayı bir başka hekime yönlendirmesi, tıbbin uygulanması esnasında yapılan rutin uygulamalardandır. Ancak bu uygulamaları defansif hale getiren, hekimin hastaya bakabilecek mesleki yeterliliğe ve/veya tıbbi imkanlara sahip olmasına rağmen hasta ile ilgilenmekten kaçınmasıdır. Hekim, defansif amaçla kaçınma davranışlarını uygularken, hastanın zarar görebilme ihtimalini yeterli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle öngörememiş olabilir. Hasta, hekimin kendisinden kaçınması ya da başka bir sağlık kurumuna sevk etmesi neticesinde, kaybedilen zaman ya da bu eylemle doğrudan bağlantılı bir sebepten zarar görmüşse; hekimin taksirli davranışı gündeme gelecektir. Hekimin kaçınma eylemi ile hastada oluşan olumsuz netice arasında nedensellik bağının bulunduğunu kabul ederek, ortaya çıkan zararlı sonuç hekime objektif olarak isnad edilebiliyorsa, hastanın yaralanması durumunda 5237 Sayılı Kanun'un 89. maddesi gereğince taksirle yaralama suçundan; hastanın hayatını kaybetmesi durumunda ise yasanın 85. maddesi gereğince taksirle öldürme suçundan, hekim cezalandırılabilir.⁶⁸⁰

Kanaatimce, korunma, kaçınma ve çekinme davranışları şeklinde ortaya çıkan ve hekimin ihmali davranışı olarak nitelendirilebilecek negatif savunmacı tıp

⁶⁷⁸ Büşra ŞAHİN ve Özgü ALCALI 2020, age, s. 483-510.

⁶⁷⁹ Mehmet SELÇUK, Serkan ÇINARLI ve Sevinç ARSLAN-HIZAL 2015, age, s. 15-48.

⁶⁸⁰ Kerem YILMAZ, Oğuz POLAT ve Begüm KOCAMAZ 2014, age, s. 19-51.

uygulamalarında ceza hukuku bakımından karşımıza çıkabilecek önemli bir mesele, bu tip uygulamalar ile Türk Ceza Kanunu'nun (Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26/9/2004) 83. maddesi arasındaki ilişkidir. Bilindiği üzere, TCK m.83; “Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi: Madde 83- (1) 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.- (2) 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.- (3) Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre; kişinin yükümlülüğünün gerektirdiği bir davranışta bulunmaması sebebiyle meydana gelen ölüm olayından sorumlu tutulabilmesi için; öncelikle yükümlülüğünün kanundan, sözleşmeden ya da ön gelen tehlikeli bir davranıştan kaynaklanması gerekir. Bizim hukukumuzda bunların dışında, örneğin ahlaki sebeplerden doğan yükümlülük gibi başkaca herhangi bir yükümlülük kaynağı tanımlanmamıştır. Yine, kanuna göre, ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması ve bu fiilin kasten işlenmiş olması gerekir. Tabiidir ki ortaya çıkan zararlı sonucun objektif isnadiyet kavramı göz önünde tutularak hekimin üzerine yüklenebilmesi şartı da aranacaktır.

2.4.10.3 Görevi Kötüye Kullanma Suçu Çerçevesinde Savunmacı Tıp uygulamaları

5237 sayılı TCK'nın 257. maddesi bir özgü suç tanımlamaktadır. Madde aynen şöyledir: “Görevi kötüye kullanma- Madde 257: (1) 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.- (2) 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.”⁶⁸¹ Madde içeriğine göre, suçun oluşabilmesi için eylem neticesinde kamunun veya kişilerin zarara uğraması ve mağduriyetlerine sebep olunması (kanunda suç olarak tanımlanan başkaca haller dışında) unsur olarak aranmıştır.⁶⁸² Pozitif defansif tıbbi uygulamalardan olan, tıbbi gerekliliği olmadığı halde tetkik istemek, ilaç yazmak, görüntüleme tekniklerini kullanmak, konsültasyon istemek ve endikasyonsuz olarak hastayı yatarak tedaviye almak hastanın ve kimi durumlarda ilgili kamu kuruluşlarının gereksiz maddi külfet altına girmesine neden olabilecektir. Söz konusu davranışların en ufak bir tıbbi değere sahip olmadan gerçekleştirilmesi, hekimlik meslek kurallarına ters olup, söz konusu uygulamalar neticesinde belirgin zararların varlığı; TCK'nın 257. maddenin birinci fıkrasına uygulanma imkânı verebilecek ve kamu görevlisi olan hekim aleyhine cezai sorumluluk yoluna gitmek mümkün olabilecektir.⁶⁸³

2.4.10.4 Tıbbi Uyuşmazlıklarda Yargı Dışı ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri

Hükümet, hukuka ve kanıta dayalı bir anlaşmazlık çözüm süreci ve ortamı oluşturmanın yanı sıra, diğer ülkelerdeki tıbbi anlaşmazlıkların çözümünde başarılı olduğu doğrulanan, tahkim ve arabuluculuk gibi çok sayıda alternatif anlaşmazlık çözümü (ADR) geliştirmelidir. Arabuluculuk, ADR en yollarının en yaygın olanıdır ve kurumsal bağlılıkla desteklendiğinde ve bağımsız, deneyimli ve nitelikli arabulucular tarafından yürütüldüğünde en etkili yöntem olduğu Çin'deki tıbbi anlaşmazlıkların bir bölümünü başarıyla çözmesiyle doğrulanmıştır. Arabuluculuktan daha fazla avantaja sahip olan tahkim, Çin'de yalnızca ekonomik uyuşmazlıklarda yaygın olarak uygulanmaktadır. Tahkim, bir anlaşmazlığı hızla ele alabilir ve profesyonel uzmanlar ve avukatlardan oluşan bir ekip aracılığıyla kararlar alabilir. Tahkim otoritesinin seçimi, taraflar arasında kolayca bir anlaşmaya varılmasına yardımcı olabilir. Dahası, karar yasal olarak uygulanabilir. Böylece

⁶⁸¹ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), “Türk Ceza Kanunu”, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237-20140302.pdf>, ET. 03.04.2021

⁶⁸² Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Caner YENİDÜNYA (2009), age, s. 676-694, *Aktaran Kerem YILMAZ, Oğuz POLAT ve Begüm KOCAMAZ* 2014, age, s. 19-51.

⁶⁸³ Kerem YILMAZ, Oğuz POLAT ve Begüm KOCAMAZ 2014, age, s. 19-51.

tahkim, tıbbi uyuşmazlıkları etkili ve verimli bir şekilde çözebilir.⁶⁸⁴ “Yargı Dışı Çözüm Yolları” uyuşmazlığın mahkeme dışı çözülmesi yöntemidir. Önerilen bir çözüm, İskandinav ülkelerinde ve Yeni Zelanda'da halihazırda aktif olan ve “hiç hata” (no fault) kuralının işlediği tazminat sistemini getirerek mesleki sorumluluk sistemini reformdan geçirmektir. İsveç, 1975 yılında bir Hasta Sigorta Fonu kurulduğunda ve ilçe vergisi ile ve özel muayenehane doktorları, diş hekimleri ve fizyoterapistler tarafından finanse edildiğinde, bu sistemi ilk uygulayan ülke oldu. İsveç'te tıbbi bakımın bir sonucu olarak yaralandıklarına inanan hastalar, tüm kliniklerde ve hastanelerde bulunan formları kullanarak tazminat başvurusunda bulunmaya teşvik edilir. Bir hak talebinde bulunulduğunda, tedavi eden hekim yaralanma hakkında bir rapor hazırlar, bir ayarlayıcı uygunluğu belirler ve daha sonra davayı nihai karar için mahkemenin meclis üyeleri olan uzmanlara iletir. Son olarak, yargıç yaralanma ile tedavi arasında bir nedensellik zinciri olup olmadığını araştırır, tedavi tıbben gerekçelendirilir ve sonuç kesindir. Davacı, muamele ile zarar arasında bir nedensellik zinciri bulunduğunda, tedavi haklı gösterilmediğinde ve sonuç önlenemez olduğunda tazminat alır. Bununla birlikte, İsveç sisteminin farklı yasal ortamlara sahip diğer ülkelerde olası uygulamasına ilişkin endişeler ortaya çıkmıştır ve onu kısmen de olsa benimseme girişimi muhtemelen bir dizi sorunla karşılaşacaktır.⁶⁸⁵

Türkiye’de de 663 sayılı “Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 24. maddesinde yargı öncesi çözüm yolu benimsenmişti.⁶⁸⁶

⁶⁸⁴ Jian GUAN 2017, age, s. 1731-1736.

⁶⁸⁵ Francesco TRAIÑA (2009), “Medical Malpractice: The Experience in Italy”, *Clin Orthop Relat Res*, S. 467 (2): s. 434–442, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628502/>. ET. 04.04.2021

⁶⁸⁶ Mehmet SELÇUK, Serkan ÇINARLI ve Sevinç ARSLAN-HIZAL 2015, age, s. 15-48.

BÖLÜM III

HEKİMİN TEMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ BAĞLAMINDA İHMALİ SUÇLAR

3.1. GENEL MÜLAHAZA

Tıp bilim ve sanatını uygulayan hekimin sorumluluğunda ve hareketlerinde hep tıp bilimi kurallarına uygun hareket edilip edilmemesi aranmıştır. Bugün de biz, hekimin kusurlu olup olmadığını, zararlı bir neticeden sorumlu tutulup tutulmayacağını, tıp biliminin verilerine göre tespit etmekteyiz. Örneğin, Adli Tıp Kurumu ile Yüksek Sağlık Şûrası incelemelerinde hep tıp bilimi verileri göz önünde tutulmaktadır. Dikkat edilirse, hekimin hareketleri tıbbi verilere göre değerlendirilmekte ve bundan sonra hukuk harekete geçmektedir. Başka bir deyişle hukuk, tıbbın kendi önüne getirdiği verilerle yetinmektedir. Oysa etik kurallarla biz hekimin hareketlerine artık hukukun da karıştığını görmekteyiz. Başka bir deyişle, hekimin insan olarak davranışları değerlendirildiğinde, etik kurallar ve ilkeler ortaya çıkmaktadır. Bu alanı biraz daha genişlettiğimizde ve konuya hasta açısından baktığımızda, hak ve özgürlüklerle donanmaya başlayan hastanın konumu içerisine etik kurallarının ve hukukun katıldığını saptayabilmekteyiz. Bu çerçevede, etik ilkeleri ve kuralları, hekimin hasta karşısındaki davranışlarını ve hastanın hekim karşısındaki durumunu denetleyen, yargılayan, sorgulayan ilkeler durumuna gelmektedir. Kanaatimce, hekimin, ileride sözünü edeceğimiz başka bazı mesleklerde olduğu gibi, hastaya karşı bir de güvence sağlayan (mesul, kefil, güvenceci, garantörsel) olarak yükümlülüğü bulunmaktadır. Tezimiz çerçevesinde, hekimin güvence sağlayan olarak yükümlülüğü konusu üzerinde ayrıntılı şekilde durulacaktır.

3.2 HEKİMLİK UYGULAMASINDA GERÇEK İHMALİ SUÇLAR

3.2.1 Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi (TCK m.98)

3.2.1.1 TCK m. 98 Hakkında Genel Mülhaza ve Tarihsel Değerlendirme

Klasik ceza hukukunda bireycilik egemen olup, ahlak ile hukuk arasındaki sınır kesin bir şekilde çizilmiştir. Bu nedenle sosyal dayanışma duygusundan kaynaklanan tehlikeye maruz kalma veya zarara uğrama ihtimalinin engellenmesine yönelik yükümlülüklerin yerine getirilmemesi klasik ceza hukuku açısından önem taşımaz. Ancak modern ceza hukukunda sosyal dayanışmaya önem verilerek, sosyal dayanışmanın ferdiyetçiliğin yerini almaya başlamasıyla birlikte bu tür yükümlülüklerin yerine getirilmemesi de yaptırım altına alınmıştır.⁶⁸⁷ Durkheim'a göre modern organik toplumlarda farklılaşmış kurumlar, özelleşmiş işler ve otonom bireyler nedeniyle onarıcı/tazmin edici hukuk ağır basmaktadır. Bu toplum tipinde Durkheim'ın "beşerî suçluluk" (criminalité humaine) olarak belirttiği suç tipi ağırlık kazanır. Ortak bilincin yerini organik toplumda "birey ethosu" almıştır. İş bölümü ile Durkheim'ın "birey kültürü" olarak adlandırdığı yeni anlayış çerçevesinde insan onuru, bireye saygı, hümanizm gibi değerlerden oluşan seküler ahlaki değerler yükselmiştir. Durkheim'e göre; toplumlar ilerledikçe, suç şahsileşmekte ve suçluluğun dini şekilleri gerilemektedir. Bu durumda cezaların gittikçe hafiflemesi ve insanileşmesi kaçınılmazdır. Bunun sebebi örflerin yumuşaması değil, dinin toplumsal hayatta etkisinin azalmasıdır. İnsana duyulan sempati hislerinin artması da cezanın hafiflemesinde bir faktör olmasına rağmen, tek başına bunu açıklamaya yeterli değildir. Çünkü aynı duygu cezaların arttırılması yönünde de etkilidir. Durkheim'a göre gerçek sebep "mustarip olana karşı duyulan merhamet hissi, artık, bunun tesirini göstermesine müsaade etmeyecek olan karşıt hisler tarafından ezilmiş durumda değildir."⁶⁸⁸

Bir kadının başörtüsü alev alırken elinde su bulunan kişi, kadının yanmasını izler. Sarhoş bir adam su birikintisinin üzerine yüz üstü düşüp boğulma tehlikesi geçirdiğinde, kafasını bir miktar kaldırmak onun hayatını kurtarabilecekken, orada bulunan başka bir kimse hareketsiz kalarak adamın boğulmasını seyreder. Barut dolu

⁶⁸⁷ Berna Ayşe YILMAZ (2019), *Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m.98)* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, s. 1.

⁶⁸⁸ Ülker YÜKSELBABA (2017), "Émile Durkheim'a Göre Toplum, Düzen ve Hukuk: Hukukun ve Cezanın Evrimi", *İÜHFİM*, C. LXXV, S. 1, s. 191-226.

bir odaya bilmeksizin elinde mumla giren kişi, bu duruma muttali olan başka bir şahıs tarafından ikaz edilmez. Bu üç örneği verdikten sonra Bentham, “Bu durumlarda cezanın isabetsiz olduğunu düşünen olabilir mi?” diye sorar ve ekler “Tehlikede bulunan bir başkası tehlikeye düşmeksizin kurtarılabilecekse, neden yardım etmek herkesin bir yükümlülüğü olmamalı?”⁶⁸⁹ Mutlak özgürlük ile ihsan kavramlarından hangisinin diğerine galebe çalacağını tespiti, Bentham’ın sorusuna vereceğimiz cevabı belirleyecektir. Fertler arasındaki münasebetin bireyin iç dünyası veya mutlak özgürlüğünden önem bakımından sonra geldiği faraziyesine dayanıldığında, böyle bir yardım yükümlülüğünün kabulü reddedilecektir. İhsan ve iyiliğin, bireyin özgürlüğünden ayrı telakki edilmediği, diğer bir deyişle bu kavramların adeta mezcedildiği vaziyette ise, fertlerin birbirine yardım etme vazifesinin toplum olmanın esasını teşkil edeceği kabul görecektir. Medeniyetler, fertlerin müstakil iradelerinin ayrı ayrı toplanması ile değil, aynı amaca matuf ortak bir şuurun sevk ve idare olunması ile teşekkül etmiştir. Bu sebeple devletler, insanların birbirleriyle kurduğu ilişkileri tanzim ve tahkim etme zorunluluğunu hissetmiştir. Bu zorunluluk bazı durumlarda öyle bir aşamaya gelmiştir ki, insan ilişkilerinin tanzimi için devletler en korkutucu enstrümanını kullanmaktan geri durmamıştır. Söz konusu enstrüman ise, hiç şüphesiz ceza hukukudur.⁶⁹⁰

İslam fıkhi, beşerî hukuk sistemlerinden farklı olarak ahlaki kaideleri de ihtiva eder. Toplum düzenini bozan, cezaya müstahak fiillerin yanı sıra bireyin iç dünyası ile ilgili meseleler de fıkhi kapsamına dahildir. Yani fıkhi, salt suç işlendikten sonra devreye giren, cezalandırıcı veya ıslah edici bir müessese değil, haksız davranış gerçekleştirilmeden önce de hayatın her alanına nüfuz eden bir ilim dalı olduğu için, fıkhıta yasak normları kadar emir normları da ehemmiyet arz etmektedir.⁶⁹¹ Zorda bulunana yardım etme yükümlülüğünün de fıkhi konusunu oluşturduğu görülmektedir. Bu durum, İslam’ın emrettiği dayanışmanın bir sonucudur. Bu dayanışma, insanların birbirinin sıkıntılarını gidermesini vacip kılmaktadır. Nitekim, Resul-i Ekrem’in (sallâllâhu aleyhi ve sellem) “Yanında biniti olan bunu olmayana versin. Kimin yanında fazla azığı varsa onu azığı olmayana

⁶⁸⁹ Jeremy BENTHAM (1789), *Principles of Morals and Legislation*, Bölüm XVII, Londra, kn. 19, *Aktaran Berna Ayşe YILMAZ* 2019, age, s. 1.

⁶⁹⁰ Erkam YILMAZ 2019 age, s. 1.

⁶⁹¹ Age, s. 5.

versin” (Müslim, Lukata, 18; Ebû Dâvûd, Zekât, 32) hadis-i şerifi bu hususu işaret etmektedir.⁶⁹²

Fertlerin birbirine yardım etme gerekliliği fikri, 19. yüzyıl Kıta Avrupası ceza kanunlarında düzenlenmeye başlayan yardım yükümlülüğünü ihlal suçlarına mesnet teşkil etmektedir.⁶⁹³ Zorda kalan bir başkasına yardım etme yükümlülüğüne Kıta Avrupası hukuk sisteminde ilk olarak 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu’nun 475. maddesinin 12. fıkrasında rastlanmaktadır.⁶⁹⁴ Daha sonrasında diğer ülkelerin, tarihsel süreçte kanunlarında bu suça yer verdiği görülmektedir. Örneğin, Alman İmparatorluğu kurulmadan evvel Alman topraklarında bulunan siyasal birimlerden Prusya ve Avusturya, ceza kanunlarında yardım yükümlülüğünün ihlali suçuna yer vermişlerdir. Bu suç, 1852 tarihli Avusturya Ceza Kanunu’nun 335. ve 431. maddelerinde ve 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu’nun 340. maddesinin 7. fıkrasında yer almıştır.⁶⁹⁵

"Yardım Etmede ihmalde Bulunma veya Yardım Edeni Engelleme" suçu, Alman Ceza Kanunu’nun "toplum için genel tehlike yaratan suçlar" başlıklı 28’inci bölümünde, madde 323c’de⁶⁹⁶ düzenlenmiştir ve Türkçe çevirileri ise şöyle yapılmıştır:

Erkam’a Göre; "(1) Musibet, genel tehlike veya zaruret halinde, gerekli ve kendisinden beklenebilir olmasına rağmen, bilhassa kendisini önemli bir tehlikeye düşürmeksizin ve diğer önemli yükümlülüklerini ihlal etmeksizin mümkün olmasına rağmen yardımda bulunmayan kişi, bir yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.

⁶⁹² Muhammed EBU ZEHRA (1994), *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, Çev. İbrahim TÜFEKÇİ, Cilt-1, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994, s. 119.

⁶⁹³ Ayhan ÖNDER (1994), *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 208.

⁶⁹⁴ Aug ROGER, Alex SOREL (1879), *Codes et Lois Usuelles*, Paris, m. 475/12, Aktaran Erkam YILMAZ 2019, age, s. 6.

⁶⁹⁵ Kirsten GIESELER (1999), *Unterlassene Hilfeleistung-§323c StGB*. Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870, Nomos-Verlag-Ges., Baden, S. 5, s.162.

⁶⁹⁶ “StGB § 323c, Unterlassene Hilfeleistung; Behinderung von hilfeleistenden Personen: "(1) Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geidstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer in diesen Situationen eine Person behindert, die einem Dritten Hilfe leistet oder leisten wili.”

(2) Bu ahvalde, yardımda bulunan veya yardım etmeyi isteyen kişiyi engelleyen kimse hakkında yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur."⁶⁹⁷

Yenisey ve Plagemann'a göre birinci fıkranın çevirisi şöyledir: "(1) Kaza veya kazaya benzeyen olay veya büyük bir tehlike veya zaruret hali sırasında, gerekli olduğu ve durumuna göre, kendisinden beklenebileceği halde, özellikle, bunu kendisini önemli bir şekilde tehlikeye düşürmeksizin ve başka önemli yükümlülüklerini ihlal etmeyerek yapması mümkün olmasına rağmen, yardım etmezse, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır."⁶⁹⁸

Ekici Şahin ise aynı fıkrayı şöyle çevirmiştir: "(1) Her kim, kazalarda veya genel tehlike hallerinde veya acil durumlarda, gerekli olmasına ve kendisinden beklenebilmesine rağmen, özellikle kendisini önemli bir tehlikeye sokmamasına ve daha önemli bir başka yükümlülüğünü ihlal etmemesine rağmen, yardım etmezse bir yıla kadar hapis veya para cezasıyla cezalandırılır."⁶⁹⁹

İstatistiklere bakıldığında Almanya'da yardım yükümlülüğünü ihlal suçunun yargı kararlarına pek fazla konu olmadığı görülmektedir. Yardım yükümlülüğünü ihlal suçunun yargı kararlarına az sayıda konu olmasının sebeplerinden biri, bu suçun, cezası daha ağır olan başka bir suç ile içtima ilişkisine girmesi iken, diğer bir sebebi ise, failerin tespitinin güç olmasıdır.⁷⁰⁰

Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerin çoğunda, yardıma muhtaç kimseye yardım etme yükümlülüğünü düzenleyen ceza normu yer almamaktadır. Bir başkasına yardım etmenin ahlaki bir yükümlülük olduğu, ahlakın ise hukuk tarafından kanunlaştırılmayacağı düşüncesi Anglo-Sakson hukukunda egemendir. Yüksek Mahkeme "Kötüyü yapmamak hukuki bir yükümlülük iken, kötüden sakındırmak ahlaki bir yükümlülüktür. Hukuk bu alanı düzenlemez" diyerek Anglo-Sakson hukuk sistemine egemen anlayışı vurgulamıştır. Bu anlayışın bir neticesi olarak, Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerde kural, muayyen bir cihette hareket etme yükümlülüğünün istisnai haller dışında (örneğin, ebeveyn-çocuk ilişkisi) şahıslara yüklenememesidir.

⁶⁹⁷ Erkam YILMAZ 2019, age, s. 28-29.

⁶⁹⁸ Feridun YENİSEY, Gottfried PLAGEMANN (2015), *Alman Ceza Kanunu-Strafgesetzbuch (StGB)*, 2. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, s. 458.

⁶⁹⁹ Meral EKİCİ-ŞAHİN (2004), "Yardım ve Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m.98)", *İçinde, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C-I*, İstanbul, s. 570.

⁷⁰⁰ Erkam YILMAZ 2019, age, s. 28-29.

3.2.1.2 Suçla Korunan Hukuksal Yarar

Yaşı, hastalığı ya da başka bir nedenle kendisini idare edemeyecek durumda olanlar için yardım ya da bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun konusu, yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka bir sebeple kendini idare edemeyecek durumda olan kimse olabilir.⁷⁰¹

Bu suçun ihdası ile korunan hukuksal yarar, tehlikede bulunanlara yardım etmek veya edilmesini sağlamak suretiyle, onların yaşam, beden bütünlüğü ya da sağlığını korumaktır.⁷⁰²⁻⁷⁰³ Özbek ve arkadaşlarına göre, korunan hukuksal yarar vücut bütünlüğü ve yaşama hakkıdır.⁷⁰⁴ Şahin ise, hukuksal yararın üsttekilerle sınırlandırılmayacağı kanaatindedir.⁷⁰⁵

Suçla korunan hukuki değer bakımından Alman doktrininde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre suçla korunan hukuki değer, toplum dayanışması, kamu güvenliği ve kamu düzeni iken, baskın görüşe göre ise, yardıma muhtaç kimselerin somut olayda tehlikeye giren hukuki menfaatleridir. Örneğin, yardıma muhtaç kimsenin yaşam hakkı, vücut bütünlüğü veya özgürlüğü suçla korunan hukuki değer olarak kabul edilir.⁷⁰⁶

3.2.1.3 Suçun Maddi Unsuru (Tipikliğin Objektif Unsuru)

İnceleme konusu suç, 5237 sayılı TCK'nın 98. maddesinde; "(1)

"Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hâl ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhâl ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır."

(2) Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." şeklinde düzenlenmiştir.

Gerekçe şu şekilde ifade edilmiştir:

⁷⁰¹ Gökhan TANERİ (2014), *Türk Hukukunda Hekim Ceza Sorumluluğu*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, s. 253-255.

⁷⁰² Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK (2019), *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 336.

⁷⁰³ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ (2021), *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.III*, Madde 86-146. 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 3630.

⁷⁰⁴ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 299.

⁷⁰⁵ Meral EKİCİ-ŞAHİN 2004, age, s. 572.

⁷⁰⁶ Erkam YILMAZ 2019, age, s. 30.

“Madde metninde, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun konusu, yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimse olabilir. Suçun faili ise herkes olabilir. Belirtilen durumlarda bulunan bir kimseye karşı yardım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, bu suç oluşacaktır. Ancak, belirtilen durumlarda bulunan kişilerin gerekli müdahalenin yapılabilmesine yönelik olarak bir teşkilatlanmanın olduğu yerlerde, kişilerin yardım girişiminde bulunmaması suç oluşturmayacaktır. Ancak, ilgili makamların bu durumdan haberdar olmaması halinde, kişilerin durumu derhal ilgili makamlara bildirme yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında, netice sebebiyle ağırlaşmış suç haline ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.”⁷⁰⁷

Bu suç tipi 765 sayılı TCK'nın 476. maddesinde;

“Bir kimse yedi yaşından aşağı bir sabiyi veya müptela olduğu akıl veya beden hastalığından dolayı kendini idare edemeyen bir kimseyi terkedilmiş bulup da derhal ait olduğu daireye veya Hükümet memurlarına malumat vermekte ihmâl ederse dokuz yüz liradan dokuz bin liraya kadar ağır cezayı nakdî ile cezalandırılır. Bir mecruha veya sair tehlikede bulunan bir kimseye yahut ölü veya ölüye benzer bir cesede tesadüf edip de mümkün olan yardımı yapmakta veya derhal ait olduğu daireye veya Hükümet memurlarına malûmat vermekte ihmâl eden kimse hakkında dahi aynı ceza tertip olunur.” denilerek yaptırım altına alınmıştır.⁷⁰⁸

Görüleceği üzere gerek eski gerekse yeni ceza kanunlarımızda bu suç bir genel suç şeklinde tanımlanmış olup özgü suç değildir.

Kanun, “yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan” kişilerle ilgili olarak, bu duruma muttali olan kişilere yardım veya bildirim yükümlülüğü yüklemektedir. Dikkat edilmelidir ki, bu duruma muttali olan kişinin yardım veya bildirim yükümlülüğü bulunmakla birlikte, teminat yükümlülüğü mevcut değildir. Zira, teminat

⁷⁰⁷ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age, s. 3629.

⁷⁰⁸ Mehmet Emin ARTUK ve Mehmet Emin ALŞAHİN (2012), “Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK. m. 98)”, *MÜHF – HAD*, S. 18 (1), s. 3-38.

yükümlülüğü, ön gelen fiil hariç olmak üzere, failin hukukî statüsünden veya fail ile mağdur arasındaki hukukî ilişkiden kaynaklanmaktadır. Oysa, TCK, m. 98'deki suç tanımıyla, olaya ve duruma muttali olan herkes bakımından yardım veya bildirim yükümlülüğü ihdas edilmiştir. Başka bir ifadeyle, söz konusu suçun faili herkes olabilir.⁷⁰⁹

Bu suçla korunan hukuksal yarar, tehlikede bulunanlara yardım etmek veya edilmesini sağlamak suretiyle, onların yaşam, beden bütünlüğü ya da sağlığını korumaktır.⁷¹⁰ Artuk ve Alşahin'e göre, bu suç ile aynı zamanda kişilerin malvarlığı ve cinsel dokunulmazlığı da korunmak istenmektedir. Zira yardıma muhtaç olan birine yardım edilmemesi durumunda, bu kişinin malvarlığı ve cinsel dokunulmazlığı da tehdit altına girmektedir.⁷¹¹

TCK'nın 98. maddesinde yaşı (küçük, ihtiyar), hastalığı (beden, akıl) veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım yapmamak ya da durumu ilgili makamlara bildirmemek cezalandırılmıştır. Maddede iki durum düzenlenmiştir. Birincisi, kendini idare edemeyeni resmî kurumlara haber vermemek, ikincisi ise bu kişilere imkân ölçüsünde yardım etmemektir.⁷¹² Yardım ve bildirim yükümlülüğü tüm vatandaşlar için ahlaki ve sosyal bir ödevdir. Aynı zamanda kendini idare edemeyecek olanlara yardım edilmesi uygar toplum olmanın zorunlu bir sonucudur.⁷¹³ Ahlaki bir yükümlülük olan yardıma muhtaç olan bir kişiye yardım edilmesi ya da en azından yetkili makamlara bildirimde bulunulması, 5237 sayılı TCK'nın 98'inci maddesinde hukuki bir yükümlülük olarak düzenlenip yaptırım altına alınmıştır.⁷¹⁴⁻⁷¹⁵⁻⁷¹⁶ Ahlaki bir yükümlülük olan yardıma muhtaç olan bir kişiye yardım edilmesi ya da en azından yetkili makamlara bildirimde bulunulması, 5237 sayılı TCK'nın 98'inci maddesinde hukuki bir yükümlülük olarak düzenlenip

⁷⁰⁹ İzzet ÖZGENÇ 2021a, age, s. 303-378.

⁷¹⁰ Özlem YENERER-ÇAKMUT (2007), "Türk Ceza Yasası'nda Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m.9)". *İçinde, Aydın Aybay'a Armağan*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, s. 86.

⁷¹¹ Mehmet Emin ARTUK ve Mehmet Emin ALŞAHİN 2012, age, s. 3-38.

⁷¹² Doğan SOYASLAN (2018), *Ceza Hukuku-Özel Hükümler*. 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 201, s. 234.

⁷¹³ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK (2019), *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku-Özel Hükümler*. 17. Baskı, Ankara, s. 336.

⁷¹⁴ Özlem YENERER-ÇAKMUT 2007, age, 2, s. 81.

⁷¹⁵ Hakan HAKERİ 2005, age, s. 181.

⁷¹⁶ Mehmet Emin ARTUK ve Mehmet Emin ALŞAHİN 2012, age, s. 3-38.

yaptırım altına alınmıştır.⁷¹⁷ Hükümün amacı, kişilere yönelen tehlikelerden onları korumak ve dayanışma duygularını arttırmaktır. Söz konusu madde insanlara, tehlikede olan kişilere doğrudan veya dolaylı olarak yardım etme yükümlülüğü getirmiş, böylece aynı zamanda Ceza Hukuku'na terbiye edici bir fonksiyon da yüklemiştir.⁷¹⁸ Bir Yargıtay kararı şu şekildedir ve yasa koyucunun amacının zararlı neticenin sınırlanması ya da önlenmesi olduğu üzerinde durmaktadır: “....Somut olayda 9 yaşındaki ölen A. H.'nin dereye yüzmek için girdiği fakat suyun derin kısımlarında yüzemeyerek çırpınmaya başladığı, onunla birlikte yüzmeye giden arkadaşları 11 yaşındaki B.'nin ardından da H.'nin öleni kurtarmak amacıyla suya girdikleri ancak kurtaramadıkları, bu durumu gören 15 yaşındaki sanığın bu hal ve şartlar içerisinde suya batan ölene yardım etmeme veya kurtarılabilmesi için yetkili kurumlara bildirim yükümlülüğü yerine getirmemesi nedeniyle sorumlu tutulma olanağı bulunmamaktadır. Çünkü suya giren ölen A. H.'nin kısa bir süre içerisinde boğularak suyun dibine gittiği diğer arkadaşları B. ve H.'nin gerekli yardımı yapmaya çalışmalarına karşın boğulmaya engel olamamaları nedeniyle sanıktan bu koşullarda yardım yükümlülüğünü beklemek hayatın olağan akışına aykırıdır. Ayrıca suda boğulma olayının ani gelişen olaylardan olduğu da gözetildiğinde derhal ilgililere bildirme yükümlülüğünün de sanığa yüklenmeyeceği açıktır. Çünkü burada yasa koyucunun bildirim yükümlülüğünü getirmesinin amacı neticenin sınırlandırılmasına ya da önlenmesine yönelik olup, bu olayda ölümle sonuçlandığı için sanık derhal ilgili makamlara bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesinden sorumlu tutulamaz. Açıklanan nedenlerle yardım ya da bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun öğeleri oluşmadığından sanığın atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde cezalandırılmasına karar verilmesi,...”⁷¹⁹

Yeni Türk Ceza Kanunu çerçevesinde, bu suç, 765 sayılı TCK'nın 476. maddesinin karşılığı olarak düzenlenmiştir. Ancak, bu iki madde arasında farklılıklar mevcuttur. Öncelikle 765 sayılı TCK ile mağdur olarak 7 yaşından küçükler belirlenmişken, yeni TCK ile bir yaş sınırı koymak yerine, yaş nedeniyle kendini idare edemeyecek durumda olan kimse tabirine yer verilmiş ve yaşlıların da bu suçun mağduru olabileceği vurgulanmıştır. Yeni TCK'nın 9. maddesiyle kendini idare

⁷¹⁷ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age, s. 3629-3630.

⁷¹⁸ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 234.

⁷¹⁹ Y.2.CD, E. 2009/20201, K. 2010/32787, T. 06.12.2010, Kararara.com, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=599018>. ET. 05.03.2022

edemeyecek durumda olma sebepleri sınırlı olarak sayılmamış, “başka herhangi bir nedenle” ibaresi konularak başka durumlarda da kişilerin yardıma muhtaç olabileceği belirlenmiştir. Örneğin sarhoşluk gibi. Ayrıca 765 sayılı TCK’dan farklı olarak yeni kanunun 98/2. maddesiyle yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucu mağdurun ölmesi durumu düzenlenip, nitelikli hal olarak sayılmıştır.⁷²⁰

Bu suçun hareket unsuru, yardım etmemek veya durumu ilgili makamlara haber vermemektir. Maddi unsurun her iki şeklinin de söz konusu olabilmesi için, failin kendini idare edemeyecek durumda olan mağduru bulmuş veya görmüş olması veya tesadüf etmiş olmak gerekir. Bulmak ya da tesadüf etmek o kimse ile karşılaşmayı gerektirse de öğretisi de karşılaşma olmadan da örneğin telefonla haberdar olanlar için de bu yükümlülüğün ortaya çıkabileceği iddia edilmiştir.⁷²¹ Bir Yargıtay kararı şu şekildedir: “.... 2- Yardım ve bildirim yükümlülüğüne uymama suçu hakkında yapılan temyiz isteminin incelenmesine gelince: Sanığın trafik kazası sonucu yaralanan kişinin bir an önce tedavi edilmesini sağlama konusunda yardım yükümlülüğü mevcut ise de, dosya kapsamına göre, sanığın katılan yayaya çarptığı olayın, saat 20:00 sıralarında, meskun mahal içinde gerçekleşmesi ve olaya tanık olan başka kişinin öleni hastaneye kaldırdığı hususu da dikkate alındığında, 5237 sayılı TCK'nın 98. maddesinde tanımlanan ve unsurları itibariyle oluşmayan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçundan mahkumiyetine karar verilmesi,...”⁷²² Bu kararda görüldüğü üzere, yasa koyucunun amacının zararlı neticenin sınırlanması veya önlenmesi olduğu düşünüldüğünde, yardım ve bildirim yükümlülüğünü o esnada olay yerinde bulunan başka bir kişinin yerine getirmiş olması sanığa TCK'nın 98. maddesinden kaynaklanan bir sorumluluğun yüklenmesine engel olur.⁷²³

⁷²⁰ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age, s. 3630.

⁷²¹ Sahir ERMAN ve Çetin ÖZEK (1994), *Kişilere Karşı Suçlar*, İstanbul, s. 231, Aktaran Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age, s. 3633.

⁷²² Y.12.CD, E. 2013/7135, K. 2014/1999, T. 29.01.2014, Kararara.com, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=599018>. ET. 05.03.2022

⁷²³ “Ehliyetsiz ve aşırı alkollü olan sanığın meskun mahalde, gece vakti, tek yönlü ıslak zeminli asfalt kaplama yolda seyir halindeyken, karşıdan karşıya geçmek isteyen katılana çarparak nitelikli şekilde yaralanmasına sebep olduğu somut olayda; sanığın kazadan sonra durmayarak yoluna devam ettiği, katılanı yaralı vaziyette kaza mahallinde bıraktığı anlaşılmış ise de, olay yerinde tanık olan kişilerin de bulunduğu, çevrede bulunanların yardımı ile katılanın olaydan hemen sonra kısa süre içinde hastaneye götürüldüğü anlaşılınca, sanık hakkında yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun kanuni unsurları oluşmadığından, atılı suçtan beraati yerine, delillerin hatalı değerlendirilmesi sonucu mahkumiyetine karar verilmesi;

Yardım yükümlülüğünün miktarı, “hal ve koşulların elverdiği ölçüde olması” gerekir. Bu durum, hukukun her evresine egemen olan orantılılık ilkesinin bir sonucudur. Hukuk sistemi hiç kimseye sübjektif durumunu aşan ölçüde bir yükümlülük yükleyemez.⁷²⁴ Örneğin boğulmakta olan bir kimseyi gören, mesleği

Kanuna aykırı olup, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme aykırı olarak BOZULMASINA; 17.05.2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi.” (Y12CD, E: 2017/5844, K: 2018/5668, T: 17.05.2018) (<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeUQ5rmUvS6ANg~&=0.003528295592255537>) (E.T. 07.10.2022)

⁷²⁴ “Suçun maddi unsuru yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan bir kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde “Yardım etmemek” ya da “durumu derhal ilgili makamlara bildirmemek” şeklindeki ihmali davranışlardır. Kanun koyucu iki tür ihmali davranış öngörmüştür. Bunlardan birinin varlığını suçun oluşumu için yeterli görmüştür. Burada seçimlik hareketli bir suç söz konusu olup, her iki harekette ihmali niteliktedir.

Failin yardım etmeme nedeniyle sorumlu tutulabilmesi, failin kendisini veya bir başkasını tehlikeye sokmadan, olanakları, gücü ve yeteneğiyle orantılı biçimde, hal ve koşullara göre yardım yapmasının mümkün olduğunun tespitine bağlıdır. Yardım yapmanın mümkün olduğu sonucuna varıldığında, bu yardımın biçimi ve kapsamı, somut olayın özelliklerine göre, bu bağlamda failin kişisel ve fiziksel özellikleri ile deneyimi, bilgisi, sahip olduğu araçlar, tehlikenin boyutu, ayrıca ani gelişen olaylarda failin şoka girip girmediği de gözetildikten sonra mahkemece takdir edilecektir. Failden beklenen yardım, mağdur için halen var olan zarar ve tehlikenin genişlememesine yönelik ve buna uygun olan koruyucu faaliyetler olabilir. Ancak yardımın yeterli olamayacağı belli ise, failin sorumluluktan kurtulması için durumu derhal ilgili makamlara bildirmesi gerekir. Bildirim yükümlülüğü, iletişim vasıtası cihazlarla, el kol hareketleri ile yazılı veya sözlü olarak yahut herhangi bir biçimde yerine getirilebilir. Belirtilen durumlara maruz kalmış bir kimseyle karşılaşan kişinin hal ve koşullara göre öncelikle mağdura yardım etmesi, mümkün olmaması veya yardımın yetersiz kalacağı anlaşılması halinde ise durumu derhal ilgili makamlara bildirmesi gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, başkalarının yardım veya bildirimde bulunması, failin yardım veya bildirimde bulunmasını gereksiz kılmış ise, bu durumda bu suçun oluştuğundan söz edilemez.

Bildirimin derhal yapılması, hal ve koşullara göre en uygun bildirme yönteminin tercih edilerek yükümlülüğün gecikmeye meydan vermeksizin durumun ilgili makamların bilgisine iletilmesidir. İlgili makamlardan maksat ise soruşturma yapmakla görevli adliye ve kolluk makamları ile durumu adli makamlara bildirmekle yükümlü diğer resmî kurumlardır.

...

Fail mağduru koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kişi ise, bu durumda terk suçundan söz edilebilir. Failin neticeyi önleme konusunda hukuki bir yükümlülüğü mevcut ise yükümlülükler aykırı davranışların, diğer şartların da mevcut olması halinde 83. maddede düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ya da 88. maddede düzenlenen kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

...

Yargılamaya konu somut olayda;

Müteveffa B.. A..'ün arkadaşlarıyla birlikte Köyceğiz gölü delta plajı mevkiinde bulunan sazlık bölgede göle girdikleri, tanıklar Ş.. Ö., G.. Ç., F.. A.. ve ... yüzme bilmedikleri için sadece pantolonlarının paçalarını sıvayıp gölün içinde 2-3 metre ileriye doğru yürüyüp serinledikleri, müteveffanın ise yüzme bildiğini söyleyerek üzerindeki kıyafetleri çıkartıp göle girdiği, 20-25 metre gölün içerisinde yürüdüğü ve yüzdüğü sırada çırpınmaya başladığı, sanıkların 50-60 metre mesafede tanık A.. S..'a ait içerisinde iki adet eski kürek, iki adet 3 metre uzunluğunda ağaç sırk olan, cankurtaran simidi bulunmayan, bakımsız, motoru kilitlemiş, çamura batmış ve hareket etmesi mümkün olmayan teknede olta atarak balık tuttıkları, tanıkların bağıarak arkadaşlarının boğulduğunu söyleyip yardım istedikleri, tanık Ş.. Ö..'in cep telefonuyla 112 acil servisi ve 155 polisi arayarak yardım istediği, olay yerine polis ve ambulans geldiğini gören sanıkların ise oradan ayrıldıkları olayda, sanıkların kendilerini ciddi bir tehlikeye atmadan yardımı gerçekleştiremeyecek olmaları, teknenin olay anında bulunduğu konumun sazlık ve dibinin bataklık ve çamur olması, ayrıca teknenin

dalgıçlık olan biriyle yüzme bilmeyen kimseye aynı oranda yükümlülük yüklemek haksızlık teşkil edecektir. Benzer şekilde hekim olan bir kimsenin müdahale yükümlülüğü ile, köylü birisinin müdahale yükümlülüğünün aynı oranda olmaması icap eder. Her somut olayda durum şartlara göre değerlendirilmelidir.⁷²⁵

Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına göre; TCK'nın 98. maddesindeki; “yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” gerçek ihmali suçlardandır. Gerçek ihmali suçlar hareketin yapılmasıyla gerçekleşen ve kanuni tanımlarında netice aranmayan suçlar olduğundan bu suçlarda nedensellik bağının araştırılmasına gerek yoktur (Yargıtay CGK, 19/12/2014, 2014-12-103; 2014/552 sayılı karar).⁷²⁶

3.2.1.3.1 Suçun Faili

Bu suçun faili, yaşı, hastalığı veya yaralanması ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan bir kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen herkes olabilir. Hatta, Medeni Kanun uyarınca bakım yükümlülüğü altında olan kimse de fail olabilir. Fail, kendi kasıtlı veya taksirli fiili ile yaralama yapan şahıs da olabilir. Bu durumda fail elbette iki suçtan sorumlu olacaktır. Bunlardan birincisi tehlikede olana yardım etmeme, ikincisi yaralama veya failin işlemek istediği suçtur. Çünkü yaralama araç suç rolü de oynayabilir.⁷²⁷

Buna karşılık, öğretide savunulan diğer görüşe göre; neticeyi önleme konusunda hukuki yükümlülüğü bulunan kişilerin, bu yükümlülüklerine aykırı davranışları 98'inci madde kapsamında değil, şartları oluşmuşsa, 83'üncü maddede yer alan “kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu” ya da 88'inci maddede yer alan “kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu” kapsamında

motorunun da kilitli bulunması göz önüne alındığında, eldeki uzun sopa ile müteveffanın bulunduğu yere yetişmelerinin aradaki mesafe nedeniyle mümkün bulunmaması, hal ve şartlara göre sanıkların ölene yardım etmelerinin beklenemeyecek olması, yine tanık Ş. Ö.'in de cep telefonu ile ambulans ve polise haber vermesi nedeniyle sanıkların bildirim yükümlülüğünün ortadan kalkmış bulunması nedeniyle yerel mahkemece isabetli biçimde beraat kararı verilmesi karşısında,

Eylemlere ve yükletilen suça yönelik O Yer Cumhuriyet Savcısı'nın temyiz iddiaları yerinde görülmediğinden tebliğnameye uygun olarak, TEMYİZ DAVASININ ESASTAN REDDİYLE HÜKÜMLERİN ONANMASINA, 25/12/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Y4CD, E: 2014/29165, K: 2015/40862, T: 25.12.2015), <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3cC8cP4IpMX+7NMt2gFWInEsBd88JGeWBGPyTc22MXA~~&=0.25912589876837333>. ET. 07.10.022

⁷²⁵ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age, s. 3634-3635.

⁷²⁶ Age, s. 3636.

⁷²⁷ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 236.

değerlendirilmelidir.⁷²⁸⁻⁷²⁹⁻⁷³⁰ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme suçunun failinin ancak olaya sebebiyet vermeyen kimse olabileceği, olaya sebebiyet veren kimsenin yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde TCK'nın 83. maddesinin söz konusu olacağı yönünde karar vermiştir. Bahsi geçen Yargıtay kararı şöyledir:

"...Sanığın kendi kusuruyla yarattığı tehlikeli duruma ilişkin bulunan yardım ve bildirim yükümlülüğüne uymama eyleminin, TCK'nın 83. maddesinde düzenlenen belli bir yükümlülüğün ihlali ile ölüme neden olma suçunun unsurunu oluşturabileceği, TCK'nın 98. maddesinde düzenlenen yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme suçunda ise yükümlülüğün olaya sebebiyet vermeyen üçüncü kişilere ait olduğu..."⁷³¹

Bir başka Yargıtay kararı ise şu şekildedir:

"....Sanığın boşanma aşamasında olduğu eşi katılan ... yaklaşık 10 yıldır kanser hastası olup beyindeki tümör nedeniyle tedavi gördüğü, hastalığının son dönemlerinde yatalak duruma gelmesi nedeniyle anne ve babasının katılanı kendi evlerine alarak bakımını burada yaptıkları, sanığın eşine nafaka bağlandıktan sonra eşinin ağır hastalığı nedeniyle gördüğü tedavinin devam edebilmesi için SSK prim ödemeleri konusunda daha dikkatli davranması gerektiği halde bu konuda yeterli hassasiyeti göstermeyerek mağdurenin tedavisinde ve ilaçlarının alınmasında sorun yaşamasına neden olduğu olayda, katılanın sanık eşinin koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunması nedeniyle TCK'nın 98. maddesinde düzenlenen yardım veya bildirim yükümlülüğünden bahsedilemeyeceği, bu suçun oluşması açısından katılanın sanığın koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunmayan

⁷²⁸ Mehmet Emin ARTUK ve Mehmet Emin ALŞAHİN 2012, age, s. 3-38.

⁷²⁹ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age, s. 3630-3631.

⁷³⁰ "Suçun faili olaya sebebiyet veren kişi dışındaki herkes olabilir. Failin, mağduru yardıma muhtaç hale gelmesine kasta veya taksire dayalı hareketiyle neden olması halinde, failden yardım veya bildirimde bulunması beklenemez; bu nedenle fail sadece işlediği suçtan sorumlu olur. Ancak olaya sebebiyet veren kişi, mağdura yardım konusunda kendiliğinden inisiyatif almış, bu nedenle başkalarının yardım etmesine ve resmi mercilere bildirmesine engel olmuş ve buna rağmen yardımı gerçekleştirmemiş ise, kendiliğinden üstlendiği yardım yükümlülüğünü yerine getirmediği için, fail olarak bu suçtan sorumlu tutulmalıdır.

Fail mağduru koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kişi ise, bu durumda terk suçundan söz edilebilir. Failin neticeyi önleme konusunda hukuki bir yükümlülüğü mevcut ise yükümlülükler aykırı davranışların, diğer şartların da mevcut olması halinde 83. maddede düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ya da 88. maddede düzenlenen kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekir." (Y4CD, E: 2014/29165, K: 2015/40862, T: 25.12.2015), <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWInEsBd88JGeWBGPyTc22MXA~~&=0.25912589876837333>. ET. 07.10.022

⁷³¹ Y.1.CD. E. 2012/4645, K. 2012/9989, T. 26.12.201, *İçinde*, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age, s. 3630-3631.

kişilerden olmasının gerektiği, öte yandan katılanın anne ve babasının bakmak üzere katılanı kendi evlerine götürmeleri nedeniyle, olayda bu suçun yasal unsuru olan “kendi haline terk” unsuru gerçekleşmediğinden terk suçunun da oluşmayacağı gözetilerek yerel mahkemece isabetli biçimde beraat kararları verilmesi karşısında, eylemlere ve yükletilen suçlara yönelik katılan ... vekilinin temyiz iddiaları yerinde görülmediğinden tebliğnameye uygun olarak, temyiz davasının esastan reddiyle hükümlerin onanmasına, ...”⁷³²

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 82'nci maddesinde şöyle denilmektedir:

“Karayollarında meydana gelecek trafik kazalarına hemen el konmasını, ölü ve yaralıların taşınmasını veya yaralıların tedavisini veya sanıkların yakalanmasını sağlamak için, a) Kaza yerinden geçmekte olan veya kazaya karışmış bulunan araçların sürücüleri kaza mahallinde ilk yardım önlemlerini almaya ve en yakın zabıtaya veya sağlık kuruluşuna haber vermeye ve yetkililerin talebi üzerine yaralıları en yakın sağlık kuruluşuna götürmeye ... zorunludur”.

Bu şekilde, trafik kazalarında yaralılara kaza yerinden geçmekte olan veya kazaya dahil olanların yardım yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmiştir.⁷³³ Ancak, Yargıtay bir kararında, trafik kazası yapan kimsenin de bu suçu işleyebileceğini kabul etmektedir. Gökcan ve Arduç'a göre; bu suçun failinin, yaralanmaya sebebiyet veren kimse olmaması gerekir. Farklı bir düşünce, TCK'nın 83. maddesinin uygulama alanı ile aynı kanun TCK'nın 98/2. maddesinin uygulama alanının ayrılmasını imkânsız hale getirir.⁷³⁴

Bu konuda bir Yargıtay kararı şu şekildedir:

“23/03/2007 tarihinde İzmir'den Ankara'ya gitmekte olan ve sanığın kullandığı otobüsün 5-6 numaralı koltuğunda ölen ile katılan kızının oturmakta oldukları, Uşak ili çıkışında ölenin göğsünün sıkışması üzerine, katılan kızının muavinden su ve kolonya istediği, ayrıca ölenin muavine göğsünün sıkıştığını, iyi olmadığını, en yakın hastanenin Uşak ilinde olması nedeniyle geri dönmeleri gerektiğini söylemesine rağmen, durumun iletildiği sanık şoförün “olmaz güzergah değiştirmek yasak, geri dönemeyiz” diyerek reddettiği, ölenin kalp çarpıntılarının devam etmesine rağmen yola devam eden sanığın, bir süre sonra yolcu almak için durduğu, mola verildiğini düşünen katılanın ve ölenin otobüsten inmek için kapıya

⁷³² Y.4.CD, E. 2015/5736, K. 2015/40858, T. 25.12.2015, Kararara.com, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=599018>. ET. 05.03.2022

⁷³³ Mehmet Emin ARTUK ve Mehmet Emin ALŞAHİN 2012, age, s. 3-38.

⁷³⁴ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age, s. 3631.

yaklaştıkları sırada yolcu alma işlemini tamamlayan sanığın kapıları kapatıp yola devam ettiği, ölenin yerine dönmesinden kısa bir süre sonra, bazı yolcuların lavabo (tuvalet) ihtiyaçları nedeniyle durmasını talep ettikleri sanığın, bir petrol istasyonunda mola vermesi üzerine, ölenin de yüzünü yıkamak ve rahatlamak amacıyla otobüsten inip lavaboya gittiği ve otobüse dönerken yere düştüğü, bir süre beklenilmesine rağmen ambulansın gelmemesi üzerine, istasyonda çalışan tanığın aracıyla önce sağlık ocağına, daha sonra da Banaz Devlet Hastanesine götürüldüğü, ancak burada yapılan tüm müdahalelere rağmen kurtarılamayarak öldüğü şeklinde gelişen olayda; TCK'nın 98. maddesi (1) Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur ve yine; 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanununun 7. maddesi “Taşımacı, yolcuların sağlıklı, rahat ve güvenli bir yolculuk yapmasını sağlayacak tedbirleri almak, yolcu ve eşyayı taahhüt ettiği yere kadar götürmekle yükümlüdür” şeklindeki amir hükümleri dikkate alındığında; Sanık şoförün, gelişen olay nedeniyle otobüs içinde hastalanan ölenin ve kızının ikazlarına rağmen, olayın başında Uşak iline yakın yerde seyir halinde iken dönmemekle ve devam eden süreçte durumu yolda ilgili sağlık birimi ve emniyet güçlerine haber vererek yardım almayı sağlamamak şeklinde gelişen eyleminde, TCK'nın 98. maddesinde belirtilen suçun unsurlarının oluştuğu dikkate alınmadan, eylemin taksirle ölüme neden olma olarak kabulü ile yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi...” Y12CD., 31.05.2012, 2011/20182, 2012/13727 (karar yayımlanmamıştır).⁷³⁵

Suçun faili olaya sebebiyet veren kişi dışındaki herkes olabilir. Failin, mağdurun yardıma muhtaç hale gelmesine, kasta veya taksire dayalı hareketiyle neden olması halinde failden yardımda ya da bildirimde bulunması beklenemez; bu nedenle fail sadece işlediği suçtan sorumlu olur. Ancak olaya sebebiyet veren kişi, mağdura yardım konusunda kendiliğinden inisiyatif almış, bu nedenle başkalarının

⁷³⁵ Mehmet Emin ARTUK ve Mehmet Emin ALŞAHİN 2012, age, s. 3-38.

yardım etmesine ve resmi mercilere bildirmesine engel olmuş ve buna rağmen yardımı gerçekleştirmemiş ise, kendiliğinden üstlendiği yardım yükümlülüğüne riayet etmediğinden ötürü, bu suçtan fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Bu konuda Yargıtay tarafından verilmiş örnek bir karar şu şekildedir: “Sanığın idaresinde bulunan araç ile cadde üzerinde seyir halindeyken karşıdan karşıya geçmeye çalışan katılana çarparak <basit tıbbi müdahale ile iyileşmez ve kemik kırıkları hayat fonksiyonlarını 3 derece (orta) etkiler> şekilde yaralaması üzerine, sanığın bizzat kendi isteği ve olay yerinde tesadüfen bulunup yardımcı olmak isteyen kişilerin de önerisiyle katılan ve arkadaşı Mert Şentürk’ü hastaneye götürmek için aracına alarak bir saate yakın süreyle şehir içinde dolaştırması ve ardından katılanın evinin önüne bırakarak uzaklaşması şeklinde gerçekleşen olayda, yaralanması nedeniyle kendini idare edemeyecek durumda bulunan on üç yaşındaki katılanla ilgili olarak üstlendiği yükümlülüğü yerine getirmeyen sanığın bu suçtan cezalandırılması yerine kastının bulunmadığı şeklindeki yasal olmayan gerekçe ile beraat kararı verilmesi...” Yargıtay 4. CD. 25/12/2015, 31080/40852.⁷³⁶

Kendini idare edemediği için tehlikede olana yardımın anlamı, fiilin işlenme tarzı, işlenme yeri, zamanı, vasıtalar göz önüne alındığında mağduru zarardan veya tehlikeden kurtarmaya yönelik her tür yardımdır. Fail içinde bulunduğu şartlara göre bu yardımı yapabilecek konumdadır ama yardımı yapmamaktadır. Tehlikeye maruz kalan yardımı istemese, reddetse bile yardımı yapmayan kişi bu suçtan sorumludur. Mesela intihar için kendini suya atan şahıs istemese de yardım etmemek suçtur. Kişi, yardım edebilecek veya resmî makamlara haber verebilecek durumda ise yardım etmek yükümlülüğü vardır. Fail yardım etmek külfetinden, resmi makamlara haber vermek yükümlülüğünden ancak zaruret halinde kurtulabilir. İhmalin yapıldığı anda suç tamamlanır. Bu nedenle, tehlikede bulunana, terk edilene yardım etmeme suçu ani bir suçtur.⁷³⁷

Burada şunu unutmamamız gerekir ki, suçun failinin bir kamu görevlisi olması halinde farklı bir durum ortaya çıkabilir ve TCK’nın 279. maddesini uygulamak söz konusu olabilir. Başka bir ifadeyle, suçun faili bir kamu görevlisi ise ve görevi sebebiyle suç teşkil eden bir eylemin işlendiğini öğrenip yetkili makamlara bildirimde bulunmadıysa, TCK’nın 279. maddesinde tanımlanmış olan “kamu

⁷³⁶ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age, s. 3631-3632.

⁷³⁷ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 235-236.

görevlisinin suçu bildirmemesi” suçu söz konusu olacaktır. Bu suçta, fail olmak için, neticeyi önleme konusunda hukuksal bir yükümlülük aranmamıştır.⁷³⁸

Bir kimsenin harekete geçmek için hukuksal (mağdur üzerinde koruma ve gözetim) yükümlülüğü bulunduğu hallerde artık 98. madde hükümleri uygulanamaz. Bunun yerine, duruma göre, söz gelimi 83. maddenin, 88. maddenin, 97. maddenin uygulanması gerekebilecektir. Neticeyi önleme bakımından hukuksal yükümlülük altında bulunan bir kimsenin yardım etmemesi söz konusuysa, artık TCK m. 98 uygulanmaz; fail, eğer ölüm ya da yaralanma neticesi meydana gelmişse, bu neticeden ihmali davranışı nedeniyle sorumlu olacaktır. Örneğin, polisin yaralı vatandaşa yardım etmeyerek onu bilerek ölüme terk etmesi durumunda, ihmali davranışla kasten öldürme; havuz cankurtaranının ihmali nedeniyle bir küçüğün boğulmasına yol açması durumunda, taksirle öldürme söz konusu olacaktır. Bu bakımdan, tehlikede olana yardım etmekle yükümlü olan kimsenin bir kamu görevlisi olması durumunda, sorumluluğunun, ihmali davranışla görevi kötüye kullanma (TCK m.257/2) ile sınırlı olmaması gerektiği de vurgulanmalıdır.⁷³⁹ Özbek ve arkadaşlarına göre ise; doktor, hemşire gibi meslekleri nedeniyle garantör durumunda bulunan kişiler açısından görevi ihmal suçunun söz konusu olabileceği düşünülmelidir. Zira bu durum özel olarak düzenlenmiştir.⁷⁴⁰

3.2.1.3.2 Suçun Mağduru

Bu suçun mağduru, yaşı, yaralanması veya hastalığı dolayısıyla ya da herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimse olabilir.⁷⁴¹ Kanun, öncekinden farklı olarak, yaşla ilgili bir sınır koymamıştır.⁷⁴² Kanun,

⁷³⁸ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age, s. 3643.

⁷³⁹ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 337-338.

⁷⁴⁰ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 299.

⁷⁴¹ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 253-255.

⁷⁴² “Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun konusu, madde metninde belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde mağdurun yaralanması veya zarar görmesidir. Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle mağdurun ölmesi halinde ikinci fıkra hükümleri uygulanır.

Maddenin birinci fıkrasında “tehlike suçu” olarak düzenlenen bu suçun manevi unsuru kasttır. Fail, mağdurun kendini idare edemeyecek durumda olduğunu, yardım veya bildirimde bulunduğu takdirde tehlikenin ortadan kaldırılabileceğini bilecek ve buna rağmen bu yükümlülükleri yerine getirmemeyi isteyecektir.

Maddesinin ikinci fıkrasında, netice sebebiyle ağırlaşmış suç haline ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda faile ikinci fıkradaki ağırlaştırılmış ceza uygulanacaktır. Ancak failin bu ağır sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için TCK’nın 23. maddesi uyarınca netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.

ilaveten, hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek kimseleri de mağdur olarak öngörmüştür. Kanunumuza göre; bir kimse, yatalak olması, gözlerinin kör ve kulaklarının sağır olması, akıl hastası olması gibi sebeplerle ya da “başka herhangi bir nedenle de olsa” kendini idare edemeyecek durumda olabilir. Bu suçun mağduru olmak için; yaşlı, hasta veya yaralı olmanın yanında, bunlar sebebiyle kendini idare edemeyecek durumda da olmak gerekir.⁷⁴³

Kendisini idare edemeyen teriminden anlamamız gereken; herhangi bir nedenle kendi yaşamını sürdüremeyen, kendi gereksinimini sağlayamayan, cansız, görünüm olarak yaşama işareti vermeyen kişi, yaralı şahıs teriminden ise, vücudunda yara bulunan, herhangi bir organı kesilerek kanayan kişi anlaşılır.⁷⁴⁴ Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki; mağdurun bizzat sebebiyet verdiği bir yaralanma da bahis konusu olabilir. Bu durumda da yardım ve bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır.

Suç tehlike suçu olmasının yanı sıra ihmali suç niteliğindedir. İhmal kesintisiz bir nitelik taşıdığından, diğer yandan sonuca ulaşmamış bir ihmali hareketi değerlendirebilmek ve hangi sonuca yöneldiğini anlayabilmek imkânı bulunmadığından, bu suça teşebbüs mümkün değildir.

Yardım veya bildirim yükümlülüğüne aykırı davranan her kişinin ihmali davranışı ayrı bir suçu oluşturacağı için prensip itibarıyla bu suçta şeriklik mümkün değildir. İstisnai olarak ortaklık ancak, yardım veya bildirim yükümlülüğü bulunmayan, dolayısıyla, fail olmayan bir kişinin bu konuda yükümlülüğü bulunan faili azmettirmesi suretiyle mümkün olabilecektir.

Fail maddede öngörülen seçimlik ihmali davranışların ikisini birden gerçekleştirdiğinde, bir başka deyişle hem yardım hem de bildirim yükümlülüklerini ihlal ederse, tek bir suçtan sorumlu olur. Ayrıca yardıma muhtaç birden fazla kişi mevcutsa, aynı neviden fikri içtima kuralı uyarınca tek bir cezaya hükmedilmekle birlikte, bu ceza TCK'nın 43/2. maddesi gereğince artırılır. Öngelen tehlikeli durum nedeniyle mağdurun kendini idare edemeyecek duruma gelmesine fail neden olmuşsa ve bu nedenle ölüm gerçekleşmişse, anılan Kanunun 83. maddesinde tanımlanan ihmal suretiyle kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekir.

Yargılamaya konu somut olayda;

Sanık E..'in müdür, S..'nin kurucu sahibi, D..'in de öğretmen olarak görev yaptığı özel bir ana okulunda öğrenim gören dört yaşındaki katılanın servisin gelmesine 15-20 dakika kala aynı sınıftaki başka bir öğrenci tarafından doktor raporuna göre “sol yanağında 3-4 cm çapında ısırık izi, sol dirsekte 2,5-3,5 cm çapında ısırık izi, her iki göz etrafında toplam 9-10 adet yüzeysel sıyrıklar” oluşacak şekilde yaralanması üzerine sanıkların katılanı hastaneye götürmedikleri, olayı katılan velisine ya da ilgili birimlere bildirmedikleri iddia edilen olayda, sanıklar E.. ve S..'nin olay günü okulda bulunmadıkları için sorumlu tutulamayacağı, sanık D..'in ise katılanın sınıfından sorumlu olmadığı, sorumlu olduğu kabul edilse bile katılanın yaralanmasının basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek düzeyde olduğu ve olaydan kısa bir süre sonra velisinin okula gelmesi nedeniyle bildirim yükümlülüğünün ortadan kalktığı, bu nedenle TCK'nın 98. maddesinde öngörülen yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun oluşmadığı gerekçeleriyle verilen beraat kararlarının isabetli bulunması karşısında,

Eylemlere ve yükletilen suça yönelik katılan S.. Y.. Vekili ve o yer Cumhuriyet Savcısı'nın temyiz iddiaları yerinde görülmediğinden tebliğnameye uygun olarak, TEMYİZ DAVASININ ESASTAN REDDİYLE HÜKÜMLERİN ONANMASINA, 25/12/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. Y4CD, E: 2014/51746, K: 2015/40859, T: 25.12.2015, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWInEsBd88JGeWxh1lwcnMbHw~&=0.7696051186315185>. ET. 07.10.2022

⁷⁴³ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age, s. 3632.

⁷⁴⁴ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 235.

Hatta, öğretide, bir kimseye saldıran fakat kendisini yaralayan şahıs için de saldırıya uğrayan kişi açısından bu sorumluluğun olduğu öne sürülmüştür.⁷⁴⁵

Tehlikeden kurtarmak yükümlülüğü şahıslara ilişkindir. Eşyalara ilişkin değildir. Yangından kurtarılan birkaç kişi eşyalarının kurtarılmadığından dolayı şikayetçi olamazlar. Çünkü kuralın amacı kişinin hayat ve vücut bütünlüğünü korumaktır.⁷⁴⁶ Yine yardım edilmesi gereken kişinin sağ olması gerekir. Ölmüş bir kimseye yardım etmemek bu suç kapsamında ele alınamaz.⁷⁴⁷

3.2.1.3.3 Nitelikli Durumlar

Netice sebebiyle ağırlaşmış hali yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucu mağdurun ölmesi halinde failin cezası artırılmaktadır. Bu artırım hukuken netice sebebiyle ağırlaşmış bir durum teşkil etmektedir. Bu sebebin uygulanması için ölüm neticesinin öngörülebilir olması gerekir (TCK m. 23). Öngörmede ölçü olarak normal bir kişinin bilgi, görgü ve hayat deneyimi göz önüne alınır.⁷⁴⁸ Bu suçun faili açısından, ölüm neticesini önlemek konusunda bir hukuki yükümlülük (garantörlük) olmadığından, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda mağdurun ölümünün öngörülmüş ve göze alınmış/kabullenilmiş olması; ölüme razı olduğu için olası kastın bulunduğu hallerde dahi, sorumluluk TCK m.98/2 ile sınırlı olacaktır.⁷⁴⁹

3.2.1.4 Suçun Manevi Unsuru (Tipikliğin Sübjektif Unsuru)

Soyaslan'a göre kasten işlenebilen bir suçtur.⁷⁵⁰ Gökcan ve Artuç'a göre de taksirle işlenemez.⁷⁵¹ Teşebbüs, mümkün görünmemektedir. Bu suça fail veya şerik olarak iştirak mümkündür. Özel bir içtima hükmü öngörülmemiştir. Bu nedenle sanık hakkında suçların içtimasına dair genel hükümler uygulanır.⁷⁵² Kast, fiilin iradi bir şekilde yapılması ve bunun neticesinin istenmesinden ibarettir. Fail yardım edilmeyen kişinin öldüğüne inandığını ileri sürerek hatadan istifade edemez ve

⁷⁴⁵ Sahir ERMAN ve Çetin ÖZEK 1994, age, s. 230, *Aktaran* Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ (2021), *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.III, Madde 86-146, 1. Baskı, Adalet Yayınevi*, Ankara, s. 3633.

⁷⁴⁶ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 235.

⁷⁴⁷ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age, s. 3633.

⁷⁴⁸ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 236.

⁷⁴⁹ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 344.

⁷⁵⁰ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 236.

⁷⁵¹ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age, s. 3640.

⁷⁵² Gökhan TANERİ 2014, age, s. 253-255.

sorumluluktan kurtulamaz. Çünkü, kanun yaralı bir kimseye tesadüf etmeyi ve buna yardım etmemeyi, ilgili makama bildirmemeyi suçun varlığı için yeterli saymıştır. Ancak, fail, yaralıyı kontrol etmiş ve gerçekten ölü olduğuna inanmış ise o zaman hatasından yararlanır.⁷⁵³ Tezcan ve arkadaşlarına göre; saik önemli değildir. Kastın tipikliğin tüm unsurlarını kapsamaması gerektiğinden, fail, mağdurun kendini idare edemeyecek durumda olduğunu, yardımda veya bildirimde bulunduğu takdirde tehlikenin ortadan kaldırılabileceğini bilecek ve buna rağmen, yardım veya bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemeyi isteyecektir. Mağdurun kendini idare edemeyecek durumda olduğu ve yükümlülüğün gerçekleştirilmemesi durumunda tehlikenin ortadan kaldırılamayacağı konusunda olası kastın varlığı yeterlidir. Diğer bir deyişle, yardım veya ihbarda bulunulması durumunda tehlikenin giderilebileceğinin mümkün görülmesi ve buna rağmen hareketsiz kalınması yeterlidir.⁷⁵⁴⁻⁷⁵⁵

⁷⁵³ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 236-237.

⁷⁵⁴ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 344-345.

⁷⁵⁵ “Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu Türk Ceza Kanunu’nun 98. maddesinde “(1) Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hâl ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhâl ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” şeklinde düzenlenmiştir.

...

Failin yardım etmeme nedeniyle sorumlu tutulabilmesi, failin kendisini veya bir başkasını tehlikeye sokmadan, olanakları, gücü ve yeteneğiyle orantılı biçimde, hal ve koşullara göre yardım yapmasının mümkün olduğunun tespitine bağlıdır. Yardım yapmanın mümkün olduğu sonucuna varıldığında, bu yardımın biçimi ve kapsamı, somut olayın özelliklerine göre, bu bağlamda failin kişisel ve fiziksel özellikleri ile deneyimi, bilgisi, sahip olduğu araçlar, tehlikenin boyutu, ayrıca ani gelişen olaylarda failin şoka girip girmediği de gözetildikten sonra mahkemece takdir edilecektir. Failden beklenen yardım, mağdur için halen var olan zarar ve tehlikenin genişlememesine yönelik ve buna uygun olan koruyucu faaliyetler olabilir. Ancak yardımın yeterli olamayacağı belli ise, failin sorumluluktan kurtulması için durumu derhal ilgili makamlara bildirmesi gerekir. Bildirim yükümlülüğü, iletişim vasıtası cihazlarla, el kol hareketleri ile yazılı veya sözlü olarak yahut herhangi bir biçimde yerine getirilebilir. Belirtilen durumlara maruz kalmış bir kimseye karşılaşan kişinin hal ve koşullara göre öncelikle mağdura yardım etmesi, mümkün olmaması veya yardımın yetersiz kalacağına anlaşılması halinde ise durumu derhal ilgili makamlara bildirmesi gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, başkalarının yardım veya bildirimde bulunması, failin yardım veya bildirimde bulunmasını gereksiz kılmış ise, bu durumda bu suçun oluştuğundan söz edilemez.

...

Fail mağduru koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kişi ise, bu durumda terk suçundan söz edilebilir. Failin neticeyi önleme konusunda hukuki bir yükümlülüğü mevcut ise yükümlülükler aykırı davranışların, diğer şartların da mevcut olması halinde 83. maddede düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ya da 88. maddede düzenlenen kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

...

Maddenin birinci fıkrasında “tehlike suçu” olarak düzenlenen bu suçun manevi unsuru kasttır. Fail, mağdurun kendini idare edemeyecek durumda olduğunu, yardım veya bildirimde bulunduğu takdirde

3.2.1.5 Hukuka Aykırılık Unsuru (Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerin Varlığı)

Bu suç bakımından zorunluluk hali ya da yükümlülüklerin çatışması ortaya çıkabilir. Örneğin, kişinin, sadece bir kişiye yardım edecek ilk yardım malzemesi varsa ve haber vermek de mümkün değilse artık kişinin fiili hukuka aykırı olmayacaktır. Kaldı ki kanun koyucu da hükümde yer alan yükümlülüklerin ancak hal ve koşulların elverdiği ölçüde yerine getirilmesini aramıştır.⁷⁵⁶

TCK'nın 25. maddesinin ikinci fıkrasında, kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk (zaruret, ıztırar) hali düzenlenmiştir. Zorunluluk durumunda, kişinin, kendisinin veya başkasının sahip bulunduğu bir hakka yönelik

tehlikenin ortadan kaldırılabilceğini bilecek ve buna rağmen bu yükümlülükleri yerine getirmemeyi isteyecektir.

Maddesinin ikinci fıkrasında, netice sebebiyle ağırlaşmış suç haline ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda faile ikinci fıkradaki ağırlaştırılmış ceza uygulanacaktır. Ancak failin bu ağır sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için TCK'nın 23. maddesi uyarınca netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.

Suç tehlike suçu olmasının yanı sıra ihmali suç niteliğindedir. İhmal kesintisiz bir nitelik taşıdığından, diğer yandan sonuca ulaşmamış bir ihmali hareketi değerlendirebilmek ve hangi sonuca yöneldiğini anlayabilmek imkânı bulunmadığından, bu suça teşebbüs mümkün değildir.

...

Fail maddede öngörülen seçimlik ihmali davranışların ikisini birden gerçekleştirdiğinde, bir başka deyişle hem yardım hem de bildirim yükümlülüklerini ihlal ederse, tek bir suçtan sorumlu olur. Ayrıca yardıma muhtaç birden fazla kişi mevcutsa, aynı neviden fikri içtima kuralı uyarınca tek bir cezaya hükmedilmekle birlikte, bu ceza TCK'nın 43/2. maddesi gereğince artırılır. Öngelen tehlikeli durum nedeniyle mağdurun kendini idare edemeyecek duruma gelmesine fail neden olmuşsa ve bu nedenle ölüm gerçekleşmişse, anılan Kanununun 83. maddesinde tanımlanan ihmal suretiyle kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekir.

Yargılamaya konu somut olayda;

Kayseri Şehirler arası otobüs terminalinde herhangi bir firmaya bağlı olmadan bilet satışına aracılık yapan sanığın, olay günü sırtlarında okul çantaları olan ve on iki yaşında ilköğretim 6. sınıf öğrencisi olup kendilerini idare edemeyecek durumda bulunan mağdurları karnelerinde zayıf not bulunması nedeniyle eve gitmek yerine kaçarak Ankara'ya gitmek üzere geldikleri otogarda görerek yanlarına gidip, yaş ve fiziki durumlarını görmesine ve öğrenci olduklarını anlamasına karşın nereye gitmek istediklerini sorduğu ve yanlarında velilerinin bulunmaması nedeniyle durumu derhal ilgili makamlara bildirmek yerine Ankara'ya gitmeleri için normalin üzerinde fiyata bilet temin ederek otobüse bindirdiği iddia edilen olayda, kanıtlanması halinde sanığın eylemi bildirim yükümlülüğünü ihlal suçunu oluşturacağından, öncelikle soruşturma aşamasında beyanlarına başvuru ve mağdurların bilet satın aldıkları otobüs firmasının yetkilisi olan Ünal Gökdoğan ile mağdurlardan Metehan Deniz'in dinlenilmesi ve belirecek duruma göre karar verilmesi gerekirken eksik kovuşturmayla sanığın beraatine hükmedilmesi,

Kanuna aykırı ve katılan ... vekilinin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden tebliğnamedeki onama düşüncesinin reddiyle HÜKMÜN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 25/12/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Y.4.CD, E. 2014/1779, K. 2015/40860, T. 25.12.2015, Kazancı Hukuk, Kararara.com,

<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWInEsBd88JGeWUHoLFgtuDPO~&=0.03226407352348293>,

<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=599018>. ET. 05.10.2022

⁷⁵⁶ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 300.

bir tehlikeyi gidermek amacıyla gerçekleştirdiği davranış dolayısıyla, ceza sorumluluğu yoktur. Meşru savunmadan farklı olarak, zorunluluk halinde bir saldırı değil tehlike söz konusudur. Zorunluluk halinin kabulü için, kişinin tehlikeye bilerek neden olmaması, tehlikeden suç olan bir harekete başvurmadan kurtulmanın olanaklı bulunmaması ve tehlikenin ağır ve muhakkak olması da araştırılacaktır. Ayrıca, tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan araç arasında “orantılılık ilkesi” kabul edilmiştir.⁷⁵⁷ Örneğin, bulaşıcı bir ölümcül hastalığa sahip bir kimsenin dere kenarında yattığını gören failin bu kişiye yardım etmesi beklenemeyecektir.⁷⁵⁸⁻⁷⁵⁹

3.2.2 Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)

3.2.2.1 TCK m.257 Hakkında Genel Mülâhaza

Türk hukukunda bu şekilde devletin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirmesine hizmet eden statüye giren kişi, görevini yerine getirmez veya geç yapar ise kişinin davranışı, Türk ceza hukukunda "görevi kötüye kullanma suçu" (TCK md.257, ETCK md.230) olarak tezahür eder. Bu nedenle görünüşte ihmali suç öğretisinin yeterince gelişmediği dönemde kamu görevlisinin görevini yapmasının doğrudan kişilerin yaşam ve vücut bütünlüğünün zarar görmesine hizmet ettiği hallerde, görevlinin görevini yapmaması, bu suç tipi (ETCK md.230) bağlamında değerlendirilmekteydi. Söz gelimi devlet hastanesinde çalışan hekimin hastayı tedavi etmemesi ve hastanın ölmesinin veya vücut sağlığının bozulmasının konu olduğu bir karar böyledir.⁷⁶⁰

1982 Anayasasının 134/4. fıkrasında hükmü de görevi ihmal ve suistimal suçlarının mahkeme kararları ile ilgili olarak işlenmesi halindeki yaptırımların kaynağı olacaktır. Madde hükmü şu şekildedir:

“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez”

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 25.9.1978 tarih 4/230-303 sayılı kararında, şöyle demektedir:

⁷⁵⁷ TCK MADDE (2022), TCK Madde 25 ve Gerekçesi, <https://www.tckmadde.com/25-2/#:~:text=TCK%20madde%2025%20ve%20Gerek%C3%A7esi.%20Me%20C5%9Fru%20savunma%20ve,zorunlulu%C4%9Fu%20ile%20i%C5%9Flenen%20fiillerden%20dolay%C4%B1%20faile%20ceza%20verilmez.> ET. 22.01.2022

⁷⁵⁸ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 345.

⁷⁵⁹ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age, s. 3640.

⁷⁶⁰ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 370.

“Anayasa hükmü, ... yürütme organları ile idareye takdir hakkı tanımadan uyulması zorunlu bir görev yüklemektedir. Bu görevin yerine getirilmekten kaçınılması derece derece görevi kötüye kullanmak suçunun oluşmasına yol açar”.

Anayasa hükmü kesin olup takdir hakkına olanak tanımadığından bunlara uymak idarenin zorunlu bir görevi sayılacağı için mahkeme kararını bilerek ısrarla uygulamamanın görevi ihmal ve hatta görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturacağı kabul edilmelidir.⁷⁶¹

Görevi genel nitelikte kötüye kullanma suç tipi, mevzuatımıza 1274 Ceza Kanununun 102. maddesine 1330 tarihinde yapılan tadil ile girmiştir. Cumhuriyet sonrasında kabul edilen 1926 tarihli kanunumuza da bazı önemsiz değişikliklerle eski Ceza Kanunumuzun 102. maddesinden nakledilmiştir. 1889 mehzaz İtalyan Ceza Kanununda da görevi genel nitelikte kötüye kullanma suçu düzenlenmiş ve 175. maddesinde tespit edilmişti. Bu madde kanunumuza 228. madde olarak alınmış, bunun yanında eski kanunumuzun 102. maddesi de aynı konuyu düzenlemekte olmasına rağmen, faslın sonuna 240. madde olarak ilave edilmiştir. Bahsi geçen 228 numaralı madde kişilere karşı yapılan keyfi muameleyi cezalandıran bir hüküm olarak düşünülmüş, bunun dışında kalan genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçlarının ise 240 numaralı madde ile karşılanması amaçlanmıştır.⁷⁶²

765 sayılı eski TCK'nın Cürümler başlıklı İkinci Kitabının, Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler başlıklı Üçüncü Babının Dördüncü Faslında, Memuriyet ve Mevki Nüfuzunu Suistimal Edenler ve Memuriyet Vazifelerini Yapmayanlara Ait Cezalar düzenlenmiştir. Bu fasılda yer alan 228., 230. ve 240. maddelerde de görevi kötüye kullanma suçu ayrı ayrı hüküm altına alınmıştır.⁷⁶³

⁷⁶¹ İsmail MALKOÇ (1994), “Görevi İhmal Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 27-40.

⁷⁶² Ayhan ÖNDER (1994), *Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 202-203.

⁷⁶³ “TCK m.228- Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu muamelede hususi maksat veya siyasi saik veya sebep mevcut ise cezası üçte birden yarıya kadar artırılır. Memuriyetinin icrasında lüzumsuz yere sert muamelelerle bir şahsın kanun hükmüne veya hükümetin emirlerine itaat etmemesine sebep olan memur dahi aynı ceza ile cezalandırılır.

m.230- Hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savsama ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur üç aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan beş bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Bu savsama ve gecikmeden veya üstünün yasal buyruklarını yapmamış olmaktan Devletçe bir zarar meydana gelmişse, derecesine göre altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile süreli veya temelli olarak memuriyetten yoksun kalma cezası da hükmolunur. Her iki durumda memurun vazifesini

Kanun koyucu, memurların görev ve yetkilerini ihmal etmeleri ile kötüye kullanmalarını gerek Türk Ceza Kanunu'nda ve gerekse diğer özel kanunlarda düzenleyerek cezalandırmış olmasına rağmen, herhangi bir boşluğu önlemek amacıyla “Memuriyet ve Mevki Nüfuzunu Suistimal Edenler ve Memuriyet Vazifelerini Yapmayanlara Ait Cezalar” başlığı altındaki 230. ve 240. maddelerinde iki genel hükme de yer vermiştir. Çünkü, bir toplumun huzur içinde bulunarak gelişebilmesi için, Devlet memurlarının görevlerini dürüstlükle yerine getirmeleri ve yurttaşlara güven vermeleri şarttır.⁷⁶⁴

1926 tarih, 765 sayılı Kanunun (mülga) 240. maddesinin başlığı “Görevde Yetkiyi Kötüye Kullanma” şeklinde yazılmış ise de maddenin içeriğinde “görevini kötüye kullanan memur”dan söz edilmiştir. Uygulamada ve literatürde bu suç genellikle “görevi kötüye kullanma suçu” olarak bilinmektedir. Önder bu konuda şunu belirtmiştir: “Madde metninden de anlaşılacağı gibi, görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, memuriyet sıfatının değil, memuriyet görevinin kötüye kullanılmış olması gereklidir. Bundan ne anlaşılmalıdır? Bizzat görev istimal edilecek bir şey değildir; görev yapılır. Kullanılan şey görev dolayısıyla memurun sahip olduğu kudret ve selahiyettir. Bu nedenle maddeden, göreve bağlı olan yetkilerin kötüye kullanılmış olması anlaşılması gerekir.”⁷⁶⁵ Ünver, görevi kötüye kullanma ifadesine terminolojik bir belirlemede bulunmaktadır. Buna göre; “Görevi kötüye kullanma ifadesi yerine görevden kaynaklanan yetkinin ya da nüfuzun kötüye kullanılması ifadelerinin suçu ifade etmekte daha yerinde olacağı çünkü burada kötüye kullanılanın görev olmayıp, görevden kaynaklanan yetki olduğudur.”⁷⁶⁶

Önder'e göre; 765 sayılı kanunumuzun 230. maddesine benzer ve görevin genel nitelikte ihmalini suç sayan kanunlar vardır. Bunlardan bazıları görevin

geciktirmesinden veya verilen buyruğu yapmamasından kişiler herhangi bir zarara uğramışsa bu zarar ayrıca ödettirilir.

m.240- Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar haps olunur. Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde iki bin liradan on bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır.” Pınar MEMİŞ-KARTAL (2013), “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 2, ISSN: 2146-0590/2529-0142, s. 1373-1395.

⁷⁶⁴ Timur DEMİRBAŞ (1987), “Türk Ceza Kanunu'nda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri”, *İçinde, Kudret Ayiter Armağanı*, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 249-278.

⁷⁶⁵ Ayhan ÖNDER 1994, age, s. 168.

⁷⁶⁶ Yener ÜNVER (2010), “TCK'nda Kamu İdaresine Karşı Suçlar”, *İçinde, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt: III*, Ed. Eric HILGENDORF ve Yener ÜNVER, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 18, İstanbul, 2010, s. 578.

gereğinin yapılmamasını, görevin ihlalini geniş anlamda belirttikleri gibi, diğer bazıları görevin ihlal edilmesini geniş anlamda belirttikleri gibi, diğer bazıları görevin “ihmal” edilmesini madde metninde açıkça göstermektedirler (Yugoslavya, 314; İtalya, 328; Romanya, 242; Brezilya, 319; Arjantin, 249). Yine bazı kanunlar, kanunumuzda olduğu gibi, amirin emrinin yerine getirilmemesini de açıkça ihmal olarak madde metninde belirtmişlerdir (Romanya, 243; Danimarka, 156).⁷⁶⁷

3.2.2.2 Suçla Korunan Hukuksal Yarar

Korunan hukuki yarar bir fiilin suç olarak düzenlenmesi ile korunmaya çalışılan yarardır. Bu nedenle korunan hukuki yararı tespit için, kanun sistematigi içerisinde suçun düzenlendiği bölüm başlıklarına bakılmalıdır.⁷⁶⁸ Görevi kötüye kullanma suçu, yeni TCK'nın 2. kitabının “Millete ve Devlete Karşı Suçlar” başlıklı 4. kısmının “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı 1. bölümünde kendisine yer bulmuştur. Bahsi geçen suç, kanunun 257. maddesinde üç fıkra halinde düzenlenmektedir. Buna göre,

“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İrtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükümlerine göre cezalandırılır.”

Toroslu'ya göre, yeni TCK'nın 257. maddesinde, görevi kötüye kullanma suçuyla ilgili olarak üç ayrı ipotez öngörülmüştür. Bunlar “görevin gereklerine aykırı hareket etme”, “görevin gereklerini ihmâl veya geciktirme” ve “görevin yapılması için çıkar sağlama” şeklinde ifade edilebilir. Bu suçlarla kamu idaresinin düzenli bir biçimde işlemesi ve kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine uygun davranmalarının sağlanması istenmektedir. Dolayısıyla bu suçların konusu, kamusal görevlerin (yasama gücüne ait olanlar hariç) düzenli, etkili ve dürüst bir biçimde

⁷⁶⁷ Ayhan ÖNDER 1994, age, s. 194.

⁷⁶⁸ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 482-518.

yerine getirilmesine ilişkin devlete ait menfaattir. İtalyan ceza hukukunda, tipik fiilin aynı zamanda özel kişilere de zarar verdiği hallerde söz konusu suçun, kamu idaresinin düzgün işlemesindeki devlete ait menfaatin yanı sıra, kamu görevlisinin belirtilen davranışına maruz kalan özel kişinin de menfaatine zarar verdiği, bu nedenle inceleme konusu suçun çift hukuki konulu olduğu ve burada korunan hukuki varlık veya menfaatin bir yandan kamu idaresinin düzenli ve düzgün işlemesindeki devlete ait menfaat, diğer yandan ise kamu görevlisinin gayrimeşru ve haksız davranışlarına karşı anayasal garanti altına alınan bireysel varlık veya menfaati olduğu savunulmaktadır.⁷⁶⁹ Taneri'ye göre, suçun konusu, kamu hukuku usulüne göre kamu görevlileri tarafından üstlenilen ve bütün fertler adına yürütülen kamu görevidir. Görevi kötüye kullanma suçunun konusu, maddede sayılan neticelerin türüne göre değişir. Kişilerin mağduriyetine yol açan fiil söz konusu olduğunda, konu kişinin mağduriyetine veya zararına yol açan ve suçun üzerinde işlendiği mal varlığı, ekonomik veya manevi bir hak ya da benzeri hukuki sonuç doğuran başka bir hak olabilir.⁷⁷⁰ Toroslu'ya göre ise, hukukî konuyu oluşturan varlık veya menfaatin hukuk bilimindeki öneminden kaynaklanan bu sonuçlar, bizi suçun hukukî konusunun daima tek bir varlık veya menfaat olduğunu kabule götürmektedir. Dolayısıyla bir suç fiilen birden çok varlık veya menfaati ihlal ettiğinde, bunlardan sadece biri, üstünlük ölçüsü gereği, o suçun hukukî konusunu oluşturur ve yine sadece bu varlık veya menfaatin sahibi o suçun pasif süjesidir. Suç tarafından ihlal edilen diğer varlık veya menfaatlerin sahipleri ise, ya suçun maddî konusu veya davranışın (suçun değil) pasif süjesi oldukları için yahut suçun maddî konusunu oluşturan şahıs veya şey ile hukukî veya fiilî ilişkisi bulunduğu için suçtan zarar gören olarak belirirler ve sadece muhakeme hukuku yönünden (örneğin, kamu davasına katılma ve şahsî hak davası gibi) bazı haklara sahip olabilirler.⁷⁷¹

3.2.2.3 Suçun Maddi Unsuru (Tipikliğin Objektif Unsuru)

Suçun maddi unsuru olarak fail, mağdur, hareket, netice ve nedensellik bağı dikkate alınmalıdır. TCK'nın 257. maddesindeki suçun oluşması, kamu görevlisinin göreve aykırı nitelikte hareket etmesi nedeniyle; 1) Kişilerin mağdur olmasına,- 2)

⁷⁶⁹ Güneş OKUYUCU-ERGÜN (2009), "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", *TBB Dergisi*, S. 82, s. 1-31.

⁷⁷⁰ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 482-518.

⁷⁷¹ Nevzat TOROSLU (1980), "İftira Cürmünün Hukukî Konusu", *AÜHFĐ*, C. XXXVII, S. 1-4, s. 107-128.

Kamunun zarar görmesine,- 3) Kişilere haksız bir menfaat sağlanmasına bağlıdır. Memur veya diğer kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen eylemlerin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilmesi için; 1) Failin ceza hukuku anlamında kamu görevlisi olması,- 2) Kanunda yazılı hallerden başka her ne şekilde olursa olsun görevin kötüye kullanılması,- 3) Failde suç işleme kastının bulunması,- 4) Fiilin memurun göreviyle ilgili olması gereklidir.⁷⁷²

3.2.2.3.1 Fail ve Mağdur

Görevi kötüye kullanma suçu sadece kamu görevlisi tarafından yahut özel kanunlarda kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı öngörülen kişiler tarafından işlenebilen bir suçtur, yani özgü bir suçtur.⁷⁷³⁻⁷⁷⁴ Meran'a göre; kamu görevlisi deyiminden, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılmalıdır.⁷⁷⁵ Görev sebebiyle işlenen suçlar, yalnız memurlar ve diğer kamu görevlisi olan kişiler tarafından işlenebilen suçlardır. Öyle ki memur veya kamu görevlisi olmayan kişilerin bu suçları işleyebilmelerine olanak yoktur. Memur veya kamu görevlisi olmayan kişiler ancak bu suçlara iştirak edebilirler. Memurlar ve diğer kamu görevlileri görevlerini kanun ve mevzuata göre yerine getirmeyerek, kanunlarda suç olarak belirtilen eylemleri gerçekleştirmeleri halinde bu suçların faili olabileceklerdir. Bu suçlarla korunan üst değer ne memurdur ne de üçüncü kişilerdir; memurun kişiliğinde devlet yönetiminin saygınlığı, otoritesidir.⁷⁷⁶ Bu suçun kamu görevlisi tarafından işlenebileceği, özgü suç niteliğinde olduğu açık olmakla birlikte, burada CMK'nın suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet Savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesinin zorunlu olduğuna ve buna aykırı hareket eden kişinin TCK'nın 257. maddesi uyarınca sorumlu olacağına ilişkin m.332 hükmünü, kamu görevlisi sıfatı taşımayan kişiler bakımından değerlendirerek, bu kişilerin görevi kötüye kullanma suçunun faili olup olmayacağı tartışılmalıdır. Yargıtay, 2018 tarihli bir kararında,

⁷⁷² Gökhan TANERİ 2014, age, s. 482-518.

⁷⁷³ Barış ATEŞ (2011), *5237 Sayılı (Yeni) Türk Ceza Kanunu'nda Görevi Kötüye Kullanma ve Görevi İhmal Suçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Trakya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Edirne, s. 2.

⁷⁷⁴ Güneş OKUYUCU-ERGÜN 2009, age, s. 1-31.

⁷⁷⁵ Necati MERAN 2006, age, s. 137.

⁷⁷⁶ Barış ATEŞ 2011, age, s. 2.

özel bir şirkette çalışan ve şirketin adli yazışmalarından sorumlu olan sanığın, Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma kapsamında, şirkete yazılan müzekkerelere süresinde cevap vermeme şeklindeki eylemi nedeniyle görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. Ancak karşı oy yazısında isabetli olarak belirtildiği üzere CMK'nın 332. maddesi gereğince "...düzenleme itibariyle belirtilen yükümlülüğe aykırı davranan kişinin kamu görevlisi olmasının zorunlu olmadığı, ancak kamusal faaliyet gördüğü için kamu görevlisi sayıldığı anlaşılmaktadır. Anılan maddede kanun koyucu savcı veya mahkeme tarafından kendisinden yazılı bir talepte bulunulan kişinin tıpkı tanık, tercüman, bilirkişi görevlendirilmesinde olduğu gibi kamusal faaliyete katıldığını öngördüğünden ve kendisine yargı görevi yüklenmiş olan özel bir şahısta hâkim veya Cumhuriyet Savcısınca atama veya seçilme yoluyla ya da her hangi bir surette geçici olarak kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi olduğundan, TCK'nın 6/c maddesi de nazara alındığında kamu görevlisi sayılacak ve kamu görevlisi gibi cezalandırılması gerekecektir..." şeklindedir.⁷⁷⁷ Nitekim CMK m.332'nin öngörülmesindeki amaç

⁷⁷⁷ "Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelenerek, gereği düşünüldü:

Avea İletişim Hizmetleri Anonim Şirketinin özel hukuk statüsüne tabi şirket olması nedeniyle Ceza Hukuku uygulamasında (memur) "kamu görevlisi" sayılmayan ve "kamu görevlisi gibi" cezalandırılması olanağı bulunmayan şirket adli yazışmalarından sorumlu olan sanığın, Kadıköy Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen 2010/4744 sayılı soruşturma kapsamında şirkete yazılan müzekkerelere süresinde cevap vermeme şeklindeki eyleminin; 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32. maddesinde düzenlenen emre aykırı davranış niteliğinde olduğu, anılan maddede öngörülen idari para cezasının miktarına göre eylem tarihi ile inceleme günü arasında 5326 sayılı Yasanın 20/2-c maddesinde öngörülen 3 yıllık zamanaşımı süresinin gerçekleştiği anlaşılmış ve sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, aynı Kanunun 322. maddesi uyarınca bu hususta bir karar verilmesi mümkün olduğundan gerçekleşen zamanaşımı nedeniyle 5326 sayılı Kanunun 20. maddesi gereğince sanık hakkında İDARİ PARA CEZASI VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, 16/01/2018 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY:

... İletişim Hizmetleri A.Ş.'de adli yazışmalardan sorumlu kişi olarak görev yapan sanığın Kadıköy Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma kapsamında şirkete yazılan 04/02/2010, 24/11/2010, 7/2/2010 tarihli ve CMK'nın 332. maddesine havi şerhleri içeren müzekkerelere cevap vermeme eyleminin, TCK'nın 257/2. maddesinde belirtilen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı kanaatiyle eylemi 5326 sayılı Yasanın 32. maddesi uyarınca emre aykırı davranış olarak niteleyen sayın çoğunluğun düşüncesine iştirak edilmemiştir.

CMK'nın 332. maddesinde suçların soruşturması ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet Savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenilen bilgilere cevap verilmemesi halinde TCK'nın 257. maddesine aykırılık oluşturacağı öngörülmüştür. Madde metnine göre bilgi yazılı olarak istenmeli ve müzekkereye 10 gün içinde cevap verilmesi, verilmemesi halinde CMK'nın 332. maddesi uyarınca işlem yapılacağı şerhi düşülmelidir. Düzenleme itibariyle belirtilen yükümlülüğe aykırı davranan kişinin kamu görevlisi olmasının zorunlu olmadığı, ancak kamusal faaliyet gördüğü için kamu görevlisi sayıldığı anlaşılmaktadır. (Y. 5 CD. 18/03/2015 tarih, 2013/7399 E., 2015/8476 ve 16/10/2014 tarih 2013/4711 E.-2014/9821 karar sayılı kararları 11/07/2012 tarih, 2012/7527 E., 2012/8180 K.)

suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının etkin bir şekilde yürütülmesinin sağlanması olup, bilgi verme yükümlülüğü, kamu görevlisi sıfatı taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın herkes için söz konusudur. Kaldı ki Cumhuriyet Savcısının soruşturma kapsamında bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebileceğinin ayrıca öngörüldüğü (CMK m.161/1, m.161/4) dikkate alındığında, CMK 332. maddeyle özellikle kamu görevlisi sıfatı taşımayan kimseleri kapsayacak şekilde böyle bir yükümlülük öngörüldüğü söylenebilir.⁷⁷⁸

Özetlenecek olursa, 5237 sayılı TCK anlamında kamu görevlisi olmak için; 1) Belirli bir kamusal faaliyetin yürütülmesi,- 2) Atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma,- 3) Kamusal faaliyetin yürütülmesine sürekli, süreli veya geçici olarak katılma gerekir. Kamusal faaliyetin unsurları ise; 1) Kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması,- 2) Hizmetin kuruluşunun yasaya ve siyasi iradeye dayanması,- 3) Hizmetin yürütülmesinde kamu otoritesinin kullanılmasıdır. Görevi kötüye kullanma yalnız kamu görevlilerinin fail olabileceği özgü suçtur. Ancak, TCK'nın 257. maddesi gereğince, yalnız bu sıfatı taşımak suç faili olmak için yeterli değildir. Görevi kötüye kullanma, suçun bütün

Çünkü CMK'nın 161/2-4. maddesi uyarınca adli kolluk görevlileri ve diğer kamu görevlileri, yürütülmekte olan soruşturma ile ilgili ihtiyaç duyulan belgeleri talep eden Cumhuriyet Savcısına vakit geçirmeksizin temin etmekle yükümlüdür. Maddenin 5. fıkrasına nazaran da belge temininde ihmalleri görülen memur ve amirler hakkında doğrudan soruşturma yapılabilecektir. Görüldüğü gibi kamu görevlilerinin bilgi ve belge vermemeleri halinde bu madde gereği diğer bir ifade ile CMK'nın 332. maddesine ihtiyaç duyulmadan haklarında işlem yapılacaktır. Bu sebeple önemli olan husus özel hukuk tüzel kişilerinin Cumhuriyet Savcısı ve mahkemelerin talebine cevap vermemesi durumunda sanıkların eylemlerinin hangi suçu oluşturacağıdır. CMK'nın 332/2. maddesinde bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin TCK'nın 257. maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır dendiğinden ve herhangi bir sınırlama yapılmadığından düzenleme tüm özel ve resmi kuruluşları kapsamaktadır. Cevap vermeme halinde oluşacağı belirtilen suçun görevi kötüye kullanma olduğu ve özgü suç niteliği taşıdığı için failinin ancak kamu görevlisi olabileceği sabittir. Anılan maddede kanun koyucu savcı veya mahkeme tarafından kendisinden yazılı bir talepte bulunulan kişinin tıpkı tanık, tercüman, bilirkişi görevlendirilmesinde olduğu gibi kamusal faaliyete katıldığı ön gördüğünden ve kendisine yargı görevi yüklenmiş olan özel bir şahısta hakim veya Cumhuriyet Savcısınca atama veya seçilme yoluyla yada her hangi bir surette geçici olarak kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi olduğundan, TCK'nın 6/C maddesi de nazara alındığında kamu görevlisi sayılacak ve kamu görevlisi gibi cezalandırılması gerekecektir. (Y. 5CD. 07/05/2014 tarih, 2013/1163 E.-2014/5088 K.)

...

Açıklanan tüm bu gerekçelerden dolayı müzakkerelelere cevap vermemek suretiyle üç kez müzakkere yazılmasına sebebiyet verip, müştekinin şikayetinin etkin şekilde soruşturulmasını engelleyerek, kamunun zararına ve kişilerin mağduriyetine neden olan sanığın eylemini görevi ihmal olarak niteleyen mahkeme kararında bir isabetsizlik bulunmadığından çoğunluğun 5326 sayılı Yasanın 20. maddesi gereğince sanık hakkında idari para cezası verilmesine yer olmadığına dair kararna katılmıyorum.” Y5CD, E: 2014/10258, K: 2018/197, T: 16.01.2018, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeVKRrLRwFdvdQ~~&=0.6941777476801274>. ET. 07.10.2022

⁷⁷⁸ Handan YOKUŞ-SEVÜK (2018), “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *DÜHFD*, C. 23, S. 39, s. 257-316.

şekilleri açısından suçun faili olabilmek için, kamu görevlisi sıfatının yeterli olduğu “sırf yükümlülük” suçlarından değildir. Kamu görevlisinin bu suçun faili olabilmek için ayrıca “görev gereklerine aykırı davranmış” olması gerekmektedir. Failin başka hukuk disiplininden kaynaklanan özel yükümlülük altında olması, yani özel faillik niteliği taşıması yeterli olmayıp failin suçun oluşumunda ayrıca fiil üzerinde hakimiyet kurması da gereklidir. Belirtilen maddi şartların somut olayda gerçekleşmemesi halinde failin üzerine atılı suç oluşmayacak, ancak disiplin yaptırımını uygulanabilecektir.⁷⁷⁹

Kanunlarımızda görevi kötüye kullanma kavramının tanımı yapılmamış olup, kavramın ve tanımın içeriğinin doldurulması uygulayıcılara bırakılmıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi 12.10.1965 tarih, 1965/65 E., 1965/27 K. sayılı kararında “devlet hayatının çeşitli hizmetlerinde bulunmak ve bu hizmetlerin yürütülmesini sağlayan mevzuatla her memur görevinin niteliği, gerekleri, nasıl ve ne şekilde yerine getireceği belli edilmiş ve sınırları çizilmiştir. Muhakkik, tahkikat sırasında, belirtilen esasları göz önünde bulundurarak memurun görevini kötüye kullanıp kullanmadığına kanaat getireceği” üzerinde durarak görevi kötüye kullanma kavramının içeriği ve sınırları ortaya konulmaya çalışılmıştır.⁷⁸⁰

Okuyucu-Ergün’e göre; TCK’nın 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir. Bu konuda uzun tartışmalara girmeden belirtmek gerekirse, kamusal faaliyet kavramı, mülga TCK zamanında uygulama ve öğretiden geliştirilmiş bulunan kamu görevi kavramı şeklinde anlaşılmalı ve devam edilmeli, dolayısıyla kamu görevlisi kavramı da mülga TCK dönemindeki memur kavramıyla örtüşür biçimde ele alınmalıdır.⁷⁸¹ Kimlerin kamu görevlisi olduğu TCK’nın 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde belirlenmiştir. Buna göre, kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir. Demek ki bir kimsenin TCK uygulamasında kamu görevlisi sayılması konusunda ölçüt, söz konusu kişinin “kamusal faaliyetin yürütülmesine katılması”dır. Madde gerekçesine göre de “kişinin kamu görevlisi sayılması için

⁷⁷⁹ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 482-518.

⁷⁸⁰ Cemil ALVER (1996), *Memur Suçları ve Memur Soruşturması*, Feryal Matbaacılık, Ankara, s. 186, Aktaran Barış ATEŞ 2011, age, s. 2.

⁷⁸¹ Güneş OKUYUCU-ERGÜN 2009, age, s. 40.

aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır".⁷⁸² TCK'nın 5. maddesinde ise, bu kanunun genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür. Bu hüküm, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesi uyarınca 31.12.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁷⁸³ Kamu İktisadi Teşebbüsünde (KİT) çalışanlar, AY m.128/1'de KİT'lerin açıkça kamu hizmeti görmekle yükümlülüğü ve bu hizmetin kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtildiğinden, TCK m.6/1-c hükmü uyarınca bu hizmetler kamusal faaliyet sayılacağından, KİT çalışanları da kamu görevlisi sayılacaktır.⁷⁸⁴ Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türkiye Ziraat Odaları Birliği gibi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, tasarrufla yetkili icracı personelleri, kamusal faaliyet icra etmelerinden ötürü kamu görevlisi olarak kabul edilir. Özel Kanunları gereği kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları öngörülen kişiler, örneğin özel eğitim kurumlarında görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler (5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.9/son) veya kooperatif yönetim kurulu üyeleri ve kooperatif memurları (1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m.62/3), görevi kötüye kullanma suçunun faili olabilir.⁷⁸⁵

Görevi ihmal, herhangi bir görevi yerine getirmekle yükümlü olan bir kişinin bulunduğu konum itibariyle, istek ve emir olmaksızın yapmak zorunda olduğu bir işi yapmaması, yerine getirmesi gereken şekilde yerine getirmemesi ya da belirli bir süre içerisinde yapılabilecek olan bir işi uygun bir süre içinde yerine getirmemesi gibi bunlardan herhangi birinden kaynaklanan yükümlülükleri haklı bir neden olmaksızın yerine getirmemesidir. Bir kimsenin kendi yeteneğine ve mevcut araçlara göre somut ve bireysel olarak yapması mümkün olan belli bir iradi hareketi yapmaması halinde, kanunda yer alan hareket yükümlülüklerine rağmen kanunun öngördüğü hareketi yapmamak suretiyle veya hukuksal olarak bir neticeyi önlemekle yükümlü kılınan bir kimsenin, neticeyi önlememesi suretiyle de ihmali suçlar ortaya çıkabilmektedir.⁷⁸⁶ Taneri'ye göre, suçun oluşması için failin bir görevi bulunmalıdır. Failin bu görevi gereğince belli bir davranışta bulunma yükümlülüğü bulunmalı ancak netice; bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ya da geç yerine

⁷⁸² Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 1087.

⁷⁸³ Güneş OKUYUCU-ERGÜN 2009, age, s. 43.

⁷⁸⁴ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 1041-1047.

⁷⁸⁵ Handan YOKUŞ-SEVÜK 2018, age, s. 257-316.

⁷⁸⁶ Barış ATEŞ 2011, age s. 6-7.

getirilmesiyle ortaya çıkmış olmalıdır.⁷⁸⁷ Önder'e göre, bizzat görev, istimal edilen bir şey değildir; görev yapılıır. Kullanılan şey görev dolayısıyla memurun sahip olduğu kudret ve selâhiyettir. Bu sebeple maddeden, göreve bağlı olan yetkilerin kötüye kullanılmış olması anlaşılmalıdır. Demek ki, memur kanunun kendisine tanıdığı kudret ve selâhiyet hududunu aştığı takdirde görevini kötüye kullanmış olabilir. Selâhiyet bakımından iki ihtimal düşünülebilir. Memur mutlak selâhiyetli olmayabilir veya selâhiyetli olmakla beraber bunun hudutlarının aşılmış olduğu düşünülebilir. Bir görüşe göre, memurluk sıfatı yeterli olup, memur mutlak selâhiyetsiz olsa dahi, görevi kötüye kullanma suçunun faili olabilecektir. Bizim katıldığımız diğer görüşte ise, görevin kötüye kullanılabilmesi için, memurun her şeyden önce görevli olması gerekir ki bunun kötüye kullanılmasından söz edilebilsin. Kullanılması mümkün olmayan bir şeyin kötüye kullanılmasından söz edilemez. Bu sebeple her olayda memurun gerçekleştirdiği fiilin görevine dahil olup olmadığı araştırılacaktır.⁷⁸⁸

Eski TCK'daki düzenleniş biçimi itibarıyla görevi kötüye kullanma suçu, genel, tali ve tamamlayıcı bir suç tipidir. Bu nedenle, kamu görevlisinin görevinin gerekleriyle bağdaşmayan fiilin başka bir suçu oluşturmadığı durumlarda ancak bu suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, TCK'nın 240. maddesinde tanımlanan suç, bir ikame hüküm niteliğindedir. Yani, görevinin gereklerine aykırı davranışı şayet başka bir suçun oluşumuna sebebiyet vermiyorsa, kamu görevlisi olan fail 240. madde hükmüne istinaden cezalandırılabilir. Başka bir deyişle, 240. madde hükmü, boşluk dolduran bir hüküm niteliğindedir. Özgenç ve Şahin'e göre; bu şekildeki suç tanımlamasının, suçta kanunilik ilkesiyle ve bu bağlamda belirlilik ilkesiyle bağdaşmadığını ifade etmek gerekir.⁷⁸⁹ Bazı yazarlar 240. maddenin "kırkambar" bir madde olduğunu da iddia etmişlerdir.⁷⁹⁰ Eski TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, bu hükmün, hangi fiilin suç sayıldığıının kanunda açıkça belirtilmemiş olması dolayısıyla, 1961 Anayasasının 33. maddesine (1982 Anayasası, m.38) aykırı olduğu ileri sürülmüş; ancak, Anayasa Mahkemesi, bu itirazı yerinde bulmamıştır. Mahkemenin karar verdiği tarihteki madde metni şu şekildeydi: "Söz konusu Karar tarihinde madde metni şöyle idi:

⁷⁸⁷ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 482-518.

⁷⁸⁸ Ayhan ÖNDER 1994, age, s. 221.

⁷⁸⁹ İzzet ÖZGENÇ ve Cumhur ŞAHİN (2003), "Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)*, C. 6, S. 1-2, s. 189-238.

⁷⁹⁰ Ayhan ÖNDER 1994, age, s. 202-219.

“Kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun vazifesini suiistimal eden memur derecesine göre altı aydan üç seneye kadar hapsolunur. Cezayı tahfif edecek sebeplerin vücudu halinde üç aydan bir seneye kadar hapis ve her iki halde ikiyüz liradan bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır ve her halde memuriyetten müebbeden veya muvakkaten mahrum edilir.”

Anayasa Mahkemesi kararında bir şöyle denilmektedir: *“...Suçun maddî unsuru, görevin kötüye kullanılmış olmasıdır. Devlet hayatında çeşitli kamu hizmetleri vardır. Bu hizmetlerin yürütülmesini sağlayan mevzuatla, her memurun görevinin niteliği, gerekleri, nasıl ve ne suretle yerine getirileceği belli edilmiş ve sınırları çizilmiştir. Hâkim, önüne getirilen davada, bu esasları daima göz önünde tutarak olayda memurun görevini kötüye kullanıp kullanmadığını kolayca tayin ve takdir edebilecek durumda bulunduğuna göre; bu konuda suç unsuru belli demektir. Ortada kanunsuz ve keyfi takdirlere yol açacak bir hal mevcut değildir. Bu bakımdan anayasanın 33. maddesinin öngördüğü üzere kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı ceza verilmesi gibi bir durumla karşılaşılması da söz konusu olamaz. Suçun öteki unsurları da meydandadır. Bunlar da failin memur olması, işin memurun görevi ile ilgili bulunması ve nihayet manevî olarak, kastın var olmasıdır. Ceza da kanunda gösterilmiştir. Bu sebeplerle, iptali istenen hükmün, Anayasanın 33. maddesine aykırı bir yönü yoktur...”*

Özgenç ve Şahin bu karara iştirak etmemektedirler.⁷⁹¹ Önder ise tam aksi kanaattedir. Ona göre; bu hükmün varlığı bir ihtiyaca cevap vermektedir ve hatta, söz konusu suçun gelebilmesi için “genel kast yeterli” olmalıdır. Yazara göre, görevin gereklerine aykırı davranış sonucunda bir zararın meydana gelmesini veya failin zarar vermek saikiyle hareket etmesini Kanunda söz konusu suçun ağır cezayı gerektiren nitelikli şekli olarak tanımlamak gerekir. Önder şunları ifade etmektedir: Görevi kötüye kullanma, neticeyi teşkil eder ve failin bu kötü kullanışı bilmesi ve istemesi kastı meydana getirdiğine göre ayrıca hususi kasta lüzum yoktur. Görülüyor ki, burada hareketin ihmali veya icrai niteliği ceza hukuku prensiplerine uygun bir biçimde yapıldığı gibi, kastın tarifi de modern kast teorisine uygundur. Gerçekten kast, hareketin bilinmesi ve neticenin istenmesi olunca, failin görevini kötüye kullandığını bilmesi ve istemesi kastı ve neticeyi oluşturacaktır. Yazar, Kunter’den çarpıcı bir karar nakleder: “Mahkeme ile işi olmayan bir kimseye resmen davetiye gönderen zabıt kâtibi görevini kötüye kullandığını bilmektedir.” (Yargıtay, 1. CD,

⁷⁹¹ İzzet ÖZGENÇ ve Cumhur ŞAHİN 2003, age, s. 189-238.

24.05.1943, 1393/1336). Bizce görevin ihmali ve suiistimali arasındaki fark, hareketin birisinde menfi (ihmal), diğerinde ise müspet (icrai) olmasından ibarettir. Manevi unsur bakımından aralarında fark yoktur ve her ikisi için de genel kast şarttır ve yeterlidir.⁷⁹²

Balcı'ya göre; 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesinde tanımlanan suçun mağduru toplumdur. Görev gereklerine aykırı fiil, kamu kurum ve kuruluşlarının zararına neden olabilir. Balcı tarafından devlet tüzel kişiliği, görevi kötüye kullanma suçunun işlenmesi nedeniyle mal varlığı itibariyle zarar görmüş olabilir ise de mağdur olamayacağı belirtilmiştir.⁷⁹³ Taneri'ye göre ise, devlet tüzel kişiliğinin de suçtan mağdur olması mümkündür. Çünkü suçtan zarar görebileceği belirtildikten sonra buradan mağdur olabileceği sonucu da çıkarılır. Kaldı ki uygulamada zarar gören kurum vekili ya da temsilcisi olarak ilgili kurumların vekil ya da temsilcileri de davaya katılmakta ve duruşmalara kabul edilmektedir.⁷⁹⁴ Bu konu ile ilişkili bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı aşağıda yer almaktadır.⁷⁹⁵

⁷⁹² Ayhan ÖNDER 1994, age, s. 202-219.

⁷⁹³ Hasan BALCI (2020), *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İcrai Hareketle Görevi Kötüye Kullanma Suçu (m.257/1)* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi AD, Isparta, s. 50.

⁷⁹⁴ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 482-518.

⁷⁹⁵ "Sanık hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca 03.05.2004 gün ve 289-19 sayılı iddianame ile;

"... Devlet Hastanesinde Genel Cerrahi Uzmanı olarak görevli yakınan'un, ... İl Sağlık Müdür Vekili'in teklifi ve Vali'un 19.02.2001 tarihli oluru ile ... Devlet Hastanesi Genel Cerrahi uzmanlığına atandığı, atama işleminin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Denizli İdare Mahkemesinin verdiği 25.05.2001 tarih ve 2001/270 esas sayılı yürütmenin durdurulması kararı üzerine, yakınanın, İl Sağlık Müdür Vekili Mehmet Sözen'in teklifi ve Valinin 10.07.2001 tarih ve 3585 sayılı oluru ile Dinar Devlet Hastanesi Genel Cerrahi Uzmanlığına tayin edildiği,

... Devlet Hastanesindeki görevinden 23.07.2001 günü ayrılan yakınanın, 06.08.2001 tarihinde ... Devlet Hastanesindeki görevine başladığı, asıl görevine başladığı gün, İl Sağlık Müdür Vekili'in teklifi ve Valinin 4387 sayılı oluru ile süre belirtilmeksizin Şuhut Devlet Hastanesi Genel Cerrahi Uzmanlığında geçici olarak görevlendirildiği;

Anayasanın 138 ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 28. maddesine göre, mahkeme kararlarına uymak ve kararların icaplarına uygun işlem tesis etmek ve eylemde bulunmak zorunluluğu bulunan sanık Valinin, ... Devlet Hastanesine atanmasına ilişkin işleme karşı açılan davada verilen yürütmenin durdurulması kararı üzerine görevine iade ettiği yakınanı, asıl görevine başladığı gün, ... Devlet Hastanesinde geçici olarak görevlendirdiği, yargı kararlarını şeklen uygular görünüp, kararların hukuki sonuçlarını etkisiz bıraktığı, bu suretle görevini kötüye kullanarak keyfi muamelede bulunduğu belirlenmiştir..." İddiasıyla TCY'nın 228 ve 35. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmıştır.

...

Sanıkların, idari yargı kararıyla ... Devlet Hastanesindeki eski görevine iade edilen katılan doktoru, yargı kararını uygulamak için göreve başlattıkları aynı gün yeniden ... Devlet Hastanesinde bu kez geçici yetki ile görevlendirdikleri sabittir. Sanıklar, bu suretle yargı kararını şeklen uygulamışlar ancak, sonuçsuz kalmasına neden olacak şekilde bir başka idari tasarrufta bulunmuşlardır. Sabit olan bu eylemleri, Anayasanın 138/son ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Yasasının 28/1. maddeleri

3.2.2.3.2 Hareket, Netice, Nedensellik Bağı

Güncel 5237 sayılı TCK, konuyu 257. maddede 3 fıkra halinde düzenlemektedir. Birinci fıkrada maddi öge, kamu görevlisinin, görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmesi, ikinci fıkrada, kamu görevlisinin görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi, üçüncü fıkrada ise, irtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu

hükümlerine aykırı olup, görevde keyfi davrandıkları ve yasaların buyurucu hükümlerine uymadıkları anlaşılmaktadır.

...

5237 sayılı Yasanın 257. maddesinin 1. fıkrasında görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu; kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi ve bu aykırı davranış nedeniyle, kişilerin mağduriyeti, kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız kazanç sağlanması ile oluşur. Görüldüğü gibi 765 sayılı Yasanın 228/1. maddesindeki suçun oluşumu için norma aykırı davranış yeterli iken; 5237 sayılı Yasanın 257. maddesindeki suçun oluşabilmesi için, norma aykırı davranış yetmemekte; bu davranış nedeniyle, "kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanması" gerekmekte, başka bir anlatımla 765 sayılı Yasanın 230. maddesinde tehlike suçu olarak düzenlenen bu suç, 5237 sayılı Yasada zarar suçu haline getirilmiş bulunmaktadır.

...

Sanıklara yüklenen eylemde, 5237 sayılı Yasanın 257. maddesinde yer alan, "kişilerin mağduriyeti" ögesi gerçekleştiğinden, Özel Dairece, lehe yasanın belirlenmesi ve sonucunda sanıkların görevde keyfi davranma suçundan cezalandırılmalarına karar verilmesi isabetlidir.

Ancak;

Özel Dairece yapılan yargılamada, 10.02.2005 günlü oturumda yakınının katılma talebinin kabulüne karar verildiği, o oturumda ve takip eden 07.04.2005 günlü oturumda tazminat talepleri konusunda herhangi bir araştırma yapılmadığı, 09.06.2005 günlü oturumda araştırma gerektirdiği ve uzun zaman alacağından bahisle tazminat taleplerinin karara bağlanmadığı, hukuk mahkemelerinde dava açmakta muhtariyetine karar verilmiştir. Görüldüğü gibi, tazminat isteminin yapıldığı oturumdan itibaren yargılamanın üç oturum devam etmiş, bu dört aylık sürede tarafların ekonomik ve sosyal durumları araştırılmamıştır. Yerleşmiş yargısal kararlarda da vurgulandığı üzere, maddi tazminat istemi konusunda hukuk mahkemelerinde dava açmakta muhtariyete karar verilmesi olanaklı ise de manevi tazminat istemi konusu hâkimin takdir hakkına dayandığından, sanıkların mahkûmiyetlerine karar verildiği de nazara alındığında, bu hususta 4 aylık sürede aradan geçen üç oturumda bir inceleme ve araştırma yapılmaması, olumlu olumsuz bir karar verilmemesi yasaya aykırıdır. Kaldı ki, Ceza Muhakemesi Yasasının Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında 5320 sayılı Yasaya 5347 sayılı Yasa ile eklenen Geçici Madde 1 ile; "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ceza mahkemelerinde açılmış bulunan davalardaki şahsi hak talepleri, görevsizlik kararı verilmeyerek bu mahkemelere sonuçlandırılır." hükmü getirilmiş olup, katılan tarafından tazminat isteminde bulunduğu tarih nazara alındığında, Yasanın bu buyurucu hükmü karşısında tazminat isteminin Özel Dairece sonuçlandırılmasının gerektiği açıktır.

Öte yandan, katılan kendisini vekille temsil ettirmiş olmasına karşılık, katılan lehine vekalet ücretine hükmedilmemiş olması da yasaya aykırıdır.

Bu itibarla, katılan vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan, katılanın manevi tazminat istemi konusunda bir karar verilmemesi ve vekille temsil edilmesine karşılık vekalet ücretine hükmedilmemesi nedenlerine dayalı olarak hükmün bozulmasına karar verilmelidir.

Açıklanan nedenlerle;

- 1- Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 09.06.2005 gün ve 25-26 sayılı hükmünün BOZULMASINA,
- 2- Dosyanın Yargıtay 4.Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine,
- 3- 13.12.2005 tarihinde yapılan müzakerede kısmen tebliğnamedeki isteme uygun olarak oybirliğiyle karar verildi.

YCGK, E: 2005/4-95, K: 2005/166, T: 13.12.2005: Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGEUH8o4KijUumA~~&=0.14238478851034242>. ET. 27.04.2022

nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlamasıdır.⁷⁹⁶ TCK'nın yürürlüğe giren ilk şeklinde yer alan m.257/3 hükmü, 6352 sayılı Kanun m.105/5-b ile yürürlükten kaldırılmıştır. 6352 sayılı Kanun m.86 ile TCK m.250/1'e eklenen son cümle ile "icbar karinesi" getirilmiş ve icbar suretiyle irtikap suçunun kapsamı TCK mülga m.257/3 hükmünün bazı ortaya çıkış şekillerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir.⁷⁹⁷ TCK 257. maddenin son hali şu şekildedir:

“(1) 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. (2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal ya da 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.”

3.2.2.3.2.1 Fıkra.1- Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerine Aykırı Hareket Etme Suçu

TCK'nın 257. maddesinde görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin olarak öngörülen üç hipotezden birincisi, görevin gereklerine aykırı hareket etme suçudur. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında düzenlenen görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu, kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız kazanç sağlaması suretiyle gerçekleşmektedir.⁷⁹⁸ Bu suçun hareket kısmı, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesidir.⁷⁹⁹ Bu suç ancak icrai bir hareketle işlenebilir; ihmali bir hareketle işlenemez. İhmali hareketle işlenen görevi kötüye kullanma suçu m.257/2'de düzenlenmiştir. Örneğin, kamu görevlisinin zamanında yazması gereken yazıyı yazmaması ihmali hareketi, yazıyı zamanında ve fakat görevin gereğine aykırı bir şekilde yazmış olması durumunda ise icrai bir hareketten söz edilir.⁸⁰⁰ İcrai davranış; failin görevin gereğine aykırı hareket ederek, aktif bir işlem ya da eylemde

⁷⁹⁶ Necati MERAN 2006, age, s. 138.

⁷⁹⁷ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 1127.

⁷⁹⁸ Güneş OKUYUCU-ERGÜN (2009), "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", *TBB Dergisi*, S. 82, s. 1-31.

⁷⁹⁹ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 1126.

⁸⁰⁰ Age, s. 1128.

bulunması ile gerçekleşmektedir. Kanun koyucu, icrai davranışla işlenen fiildeki kastı daha yoğun görmüş ve ikinci fıkradaki ihmali davranışla işlenen suça nazaran daha ağır yaptırım öngörmüştür. Birinci fıkranın ikinci fıkradan farkı, fiilin icrai davranışla işlenmesidir.⁸⁰¹

Burada genel ve tamamlayıcı nitelikte bir suç söz konusudur. Bu nedenle, 257. maddenin 1. fıkrası hükmünün uygulanabilmesi için görevin gereklerine aykırı hareket etmek, özel bir hükümle başka bir suç olarak düzenlenmemiş olmalıdır. Öğretide, bu suçtan söz edilebilmesi için, fiilin başka bir suça vücut vermemesinin ön şart olduğu savunulmuşsa da esasen bu, normlar çatışmasına ilişkin bir düzenleme niteliğindedir. Görevin gereklerine aykırı hareket etmek, ayrıca özel bir düzenlemenin konusu yapılmışsa, orada belirlenen cezanın daha ağır ya da daha hafif olmasına bakılmaksızın fail, özel hükme göre cezalandırılacaktır.⁸⁰² Görevi kötüye kullanma suçunda kötüye kullanılan, bizzat “görev” değil, kamu görevlisinin sahip olduğu yetkidir. Ancak, yetkinin kötüye kullanılabilmesi için de görevli olmak şarttır. Bu nedenle suçun, temyiz aşamasında incelenmesiyle ilgili Yargıtay 4. Ceza Dairesi, suçu “görevde yetkiyi kötüye kullanma” olarak adlandırmaktadır.⁸⁰³ Öğretide de ileri sürüldüğü üzere kanaatimizce de “görevin kötüye kullanılması” ifadesi yerine “görevden kaynaklanan yetkinin ya da nüfuzun kötüye kullanılması” ifadesinin kanun metninde kullanılması daha yerinde olacaktır.⁸⁰⁴

3.2.2.3.2.2 Kamu Görevlisinin Görevini Yapmakta İhmal veya Gecikme Göstermesi Suçu

Maddenin ikinci fıkrasında öngörülen suç tipinin oluşması için, kamu görevlisinin görevini savsaması veya geciktirmesi gereklidir.⁸⁰⁵ Savsama, Kanunun

⁸⁰¹ Gökhan TANERİ 2014, Age, s. 482-518.

⁸⁰² Nevzat TOROSLU (2007), *Ceza Hukuku-Özel Kısım*. 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, s. 302.

⁸⁰³ Necati MERAN 2006, age, s. 138.

⁸⁰⁴ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 1126.

⁸⁰⁵ “Şiddetli göğüs ağrısı, sırt ağrısı, düşük tansiyon ve soğuk terleme şikâyetleriyle hastaneye getirilen hastaya kardiyojloji konsültasyonunu gecikmeli olarak istediği bilirkişi raporuyla da belirtilen sanık hakkında görevinin gereklerini yerine getirmekte ihmali ve gecikme gösterdiği için mağduriyete neden olduğu iddiasıyla görevi kötüye kullanmak suçundan kamu davası açıldığı, daha sonra sanığın ihmali davranışının hastanın ölümüne sebebiyet verip vermediği hususunda delillerin takdirinin yüksek dereceli mahkemeye ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilerek yargılamanın ağır ceza mahkemesinde yapıldığı olayda;

Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'nun 19/11/2015 tarihli raporunun sonuç kısmında, sanık hekimin kusurlu eylemi ile kişinin ölümü arasında kesin bir illiyet bağı kurulamayacağı belirtilmekle beraber "Hastaneye başvuru anında çekilen ilk EKG'sinde anterior MI bulguları olduğu halde, tedaviye başlama sürecinde konsültasyonun erken istenmemesi nedeniyle oluşan 3 saatlik gecikmenin tıbbi .. /

veya diğerk bir hukuk kaynağının emirlerini yerine getirmemektir. Gecikme ise, kamu görevlisinin görevi, gereken zamanda yapmaması, geç yapmasıdır.⁸⁰⁶

Savsanan husus, memurun "memuriyet görevi içinde" olmalıdır. Memur, görevi hiç yapmamış olabilir. Yasaya ve mevzuata göre belirlenen sürelerde yapmayabilir. Böylece yazılı ve belirli bir süre yoksa, uygulamada belirlenmiş ortalama bir süreye göre değerlendirme yapılmalıdır. Görevi, yasada ve uygulamada belirlenen sürelerden sonra yapmış olabilir. Bir başka seçenek olarak bu süreler içinde kısmen yapmış olmakla beraber çok önemsiz gibi gereken ama sonucu sağlayan bir "onay" zamanında gerçekleştirilmemiş olabilir. Bütün bu hallerde, "yapmama", "geciktirme" unsurları gerçekleştirilmiştir. Bu hususlar, emirle verilen görevler için de geçerlidir.⁸⁰⁷ Suçun gerek icrai gerek ise ihmali hareketle işlenmesi hali bakımından, kamu görevlisinin görevi kapsamındaki bir işi yapmamak ya da ihmal veya gecikme göstererek yapmak şeklinde görevinin gereğini yerine getirmemesi gerekir.⁸⁰⁸ İcrai hareketle veya ihmali hareketle işlenen görevi kötüye

.. eksiklik olduğu, vaktinde tanı konulup tedaviye başlanması halinde kişinin kurtulma ihtimalinin yüksek olduğuna" ilişkin bilimsel görüşü dikkate alınarak, sanığın eyleminin TCK'nın 257/2 maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan yazılı şekilde beraat kararı verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş olup, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi bozulmasına, 15/06/2021 gününde oybirliği ile karar verildi."

Y.1.CD, E: 2020/1270, K: 2021/10608, T: 15.06.2021: Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6cjzSIXulQaebH7Ayg9KjPW TJvQ~~&=0.676792920934921>. ET. 06.03.2022

⁸⁰⁶ Ayhan ÖNDER 1994, age, s. 205-207.

⁸⁰⁷ İsmail MALKOÇ 1994, age, s. 27-40.

⁸⁰⁸ "...Devlet Hastanesi'nde adına geçici hekim raporu tanzim edilen ... isimli şahıs hakkında kati hekim raporu tanzim edilmesi amacıyla şahsın 19/03/2015 tarihinde ...Devlet Hastanesi'nde mevcutlu olarak hazır edildiği ancak Cumhuriyet Başsavcılığı müzekkeresine rağmen sanık Doktor ...'ın ...hakkında kati hekim rapor tanzim edemeyeceğini beyan ederek görevinin gereklerine aykırı hareket ettiği iddia olunan olayda;

Sanık mahkemede alınan beyanın bir bölümünde "...Devlet Hastanesine sevk edilen hastaya orada da kati rapor verilmediği, daha sonra mevcutlunun hastanemize getirilerek kati raporu alınması istenilmiştir." diyerek hasta ile mevcutlu olarak gelen polislerin kati hekim raporu almak için geldiklerini bilir şekilde ifade vermişken bir bölümünde de " Polis memurlarının, diğer doktor tarafından verilen geçici rapor üzerinde değişiklik yapmamı istediklerini zannederek polis memurlarına bunu yapamayacağımı söyledim" diyerek çelişkili ifade verdiği ayrıca kati hekim raporu alınmak üzerine hastaneye iki kez getirilen hasta ile ilgili olarak, hastanın mevcutlu olarak hastanede bulunduğu, polislerin bunu sanık doktora söyledikleri ve doktorun bu konuda bilgisinin olduğu tanık beyanlarıyla ortada iken, sanığın hastayı görmeden rapor veremeyeceğini ve hastanın mevcutlu olup olmadığını görmediği şeklindeki savunmalarının dosya içeriğiyle uyuşmadığı ve hayatın olağan akışına uygun düşmediği; sanığın kati hekim raporu alınmak üzere hastaneye getirilen şahsa kati hekim raporu vermemesi şeklindeki eylemi sonucunda ... isimli şahsın tekrar tekrar hastaneye gitmek zorunda kaldığı ve soruşturma safahatının geciktiği, sanığın eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan TCK'nın 257/2. maddesinde tanımlanan ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, sanığın dosya içeriğiyle uyuşmayan ve hayatın olağan akışına uygun düşmeyen savunmalarına itibar edilmek suretiyle yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi,

kullanma suçu bakımından, gerçekleştirilen fiilin, kamu görevlisinin görevi alanına girmesi gerekir. Her iki fıkrada, suçun maddi unsuru olan fiiller farklılık göstermekle birlikte, görevinin gereklerine aykırı hareket etme ve görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterme şeklinde hareketinin neticesinde kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi cezalandırılmaktadır.⁸⁰⁹ Yasada, hâkim ve hekim gibi, özel nitelikli görevlerdeki ihmal suçlarının değerlendirilmesi, özel alanın mevzuatı ve uygulamasına göre yapılır. Görevin, başka görevlilerce yapılmış, tamamlanmış olması oluşan suçu ortadan kaldırmaz.⁸¹⁰

Demirbaş, bu konuda şunları ifade etmektedir: Kanunda tanımı yapılmayan ihmal ve gecikme; kanun, tüzük veya yönetmelik gibi bir hukuk kaynağının gereği olarak yerine getirilmesi gereken bir görevin yapılmaması, ya da mevzuatta gösterilen şekilde yerine getirilmemesi veya belirli bir süre içerisinde yerine getirilmesi gerekirken geç yapılması şeklinde tanımlanabilir. O halde ihmal, yapılması gereken görevin yerine getirilmemesi, gecikme ise geç yerine getirilmesi şeklinde farklı anlamlarda kullanılmıştır. Nitekim, Y.CGK. 17.04.1978 tarih ve E. 1978/6-85, K. 1978/141 sayılı kararında benzer bir tanımlı benimsemiştir: “Yasa bu suçu tanımlamamış olmasına rağmen doktrinde, ihmal ve terahi (işgal eylediği mevki itibariyle yasaca belirli bir kamu ödev veya görevini yapmaya memur olan bir kişinin, yapmağa zorunlu bulunduğu bir işi yapmaması, yasa veya tüzüklerce yapılmasını öngördüğü biçimde yerine getirmemesi veya belirli ve uygun bir süre içerisinde yapılması zorunlu bulunan bir hizmet veya hareketi geciktirmesi, süresinde yapmaması) şeklinde tanımlanmıştır.”⁸¹¹ Görevin gerekleri, failin yürüttüğü görevle ilgili yasa, tüzük, yönetmelik, genelge, emir veya talimat gibi düzenleyici işlemlerle ve idari düzenlemeler ile belirlenir. Failin görevli olduğu kamusal faaliyet alanına ilişkin mevzuata göre görevinin gerektirdiği davranış normu tespit edilmelidir. Görevin gereği bazen de mevzuatla birlikte yapılacak işin teknik zorunlulukları, idari

Kanuna aykırı, cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca bozulmasına, 02/06/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Y.9.CD, E: 2020/6848, K: 2021/2785, T: 02.06.2021, Kazancihukuk.com,

<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6cJzSb5zazmDpi+Vmn3!F7uFDWA~~&=0.04080342115233759>. ET. 06.03.2022

⁸⁰⁹ Handan YOKUŞ-SEVÜK 2018, age, s. 257-316.

⁸¹⁰ İsmail MALKOÇ 1994, age, s. 27-40.

⁸¹¹ Timur DEMİRBAŞ 1987, age, s. 249-278.

geleneklerle veya ilgili alandaki genel uygulamalarla tespit edilir. Nitekim Yargıtay 12.CD, 27.2.2018, E. 2017/9921, K. 2018/2180 sayılı kararında, bebeğin özürülü doğduğu somut olayda NST (gebelik esnasında bebeğin hareketlerinin, buna bağlı olarak kalp atış hızının ve bu hızın değişkenliğinin izlendiği test) kayıtlarının bulunmaması, müştekinin kendisine 3 defa NST yapıldığına dair beyanı karşısında, müştekinin hastanede gece saat 03:00 sıralarından doğumun gerçekleştiği 11:30 saatine kadar saat başı NST kontrolü yapılması gerektiği genel tıp uygulamalarında bilinmesine rağmen, düzenli aralıklarla NST tetkiki yapılmaması ve çocuk kalp seslerinin (ÇKS) sayı olarak tespit edilmemesi dolayısıyla, sanıkların eylemlerinin, tıp kurallarına aykırı olduğunu belirterek TCK'nın 257/2. maddesindeki ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁸¹²

Memuriyet görevini ihmal cürmünün oluşabilmesi için fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Memuriyet görevini ihmal cürmünün manevi unsuru ise kast'tır. As. Y. Dr. K. 16.04.1971 tarihli kararında: Memurun kanun ve nizama göre yapmakla mükellef olduğu bir vazifeyi yapmaması veya geç yapması memuriyet vazifesini ihmal suçunun maddi unsurunu, fiili unsurunu teşkil etmektedir. Ancak, zikri geçen suçun tamamlanması için selbi duruma tekabül eden fiil unsuru yanında manevi unsura vücut veren "ihmal kastı"nın da tekevvün etmiş olması gerekmektedir" şeklinde, yerinde olarak kastın varlığını aramıştır.⁸¹³ Savsama, ihmali hareketin bilerek ve isteyerek yapılmasıdır (Kast). Bu halde; 1) Yapmamış olmakla bir hukuki sonuç doğar. İlginin isteğinin belirli bir zaman dilimi içinde kabul veya reddi gerçekleşmezse, isteğin yasa tarafından nazara alınmayacağı haller örnek olarak düşünülebilir.- 2) İhmali hareket sonunda, istek konusundaki işlemin yapılabilme olanağı ortadan kalkabilir.- 3) Görevin zamanında ve işlemin bütün gerekleri ile yapılmaması da aynı sonuçları doğurabilir.⁸¹⁴

Eski TCK m.240'ta görevin kötüye kullanılmış olması yeterli olup, zararın gerçekleşmesi aranmamaktayken, 5237 sayılı Kanun zarar neticesinin meydana gelmesini aramıştır. Buna göre, 765 sayılı eski TCK'da düzenlenen görevi kötüye kullanma suçları tehlike suçu iken, 5237 sayılı TCK'da öngörülen görevi kötüye kullanma suçu zarar suçudur. 765 sayılı eski TCK m.230'da belirtilen görevi ihmal

⁸¹² Handan YOKUŞ-SEVÜK 2018, age, s. 257-316.

⁸¹³ Timur DEMİRBAŞ 1987, age, s. 262.

⁸¹⁴ İsmail MALKOÇ 1994, age, s. 27-40.

suçu, 5237 sayılı TCK m.257/2'ye karşılık gelmektedir. Yine burada da eski TCK'da zarar neticesinin meydana gelmesi aranmamakta iken 5237 sayılı TCK'da görevinde ihmal ve gecikme gösteren kamu görevlisinin bu hareketinden ötürü bir zarar doğmuş olması aranmaktadır. Eski TCK'da tehlike suçu olarak öngörülen hüküm, yürürlükteki TCK'da zarar suçu olarak düzenlenmiştir.⁸¹⁵⁻⁸¹⁶ Ünver, görevi kötüye kullanma suçunun zarar suçu olarak düzenlenmiş olmasını yerinde bulmamaktadır. Bu konuda şöyle demektedir:

“Kişi ve kurumlara kasten zarar verme eylemlerini karşılayan birçok suç tipi vardır. Bu suçtaki fail, kamu görevinin gereklerine aykırı davranarak, görevden kaynaklanan yetkiyi kötüye kullanarak, görevden kaynaklanan yetkiyi kullanması gereken durumlarda kullanmayarak veya geciktirerek.... suçu işlemektedir. Bir haksız menfaat elde edilmese, kişi veya kurumlar zarara uğramasa, mağduriyetleri olmasa dahi, bu suçun olduğu madde metninde düzenlenmeliydi.”⁸¹⁷

Fiilin cezalandırılabilmesi kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesinden kişilerin veya kamunun zarar görmesi ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanması koşullarının gerçekleşmesine bağlıdır. Söz konusu halleri "cezalandırılabilme şartı" olarak değerlendirmekteyiz. Bu hallerin somut olayda gerçekleşmemesi durumunda, görevin gereklerine aykırı davranışlar, cezalandırılmazsa da disiplin hukuku açısından bir değerlendirmeye tabi tutulabilir.⁸¹⁸ Objektif cezalandırılabilme şartları, suçun bütün unsurları gerçekleştiikten sonra söz konusu olabilen ve esasen gerçekleşmediği takdirde kişinin haksızlık ve suç teşkil eden eyleminden cezalandırılmasını engelleyen şartlardır. Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlar bazı özellikler taşır. Örneğin, objektif cezalandırılabilme şartının arandığı suçlara teşebbüs cezalandırılmaz. Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlar, unsurların gerçekleşmesiyle tamamlanır ve suç şartın değil, unsurların tamamlandığı anda ve yerde işlenmiş sayılır. Ancak objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmediği müddetçe kişi eyleminden sorumlu tutulamaz. Görevin gereklerine aykırı hareket kişilerin mağduriyetine yol açmışsa, fiil cezalandırılır. Söz konusu mağduriyet sadece

⁸¹⁵ Pınar MEMİŞ-KARTAL 2013, age, s. 1373-1395.

⁸¹⁶ Gözde HATİPOĞLU (2021), *Hekimin Görevi Kötüye Kullanma Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 94-95.

⁸¹⁷ Yener ÜNVER 2010, age, s. 578.

⁸¹⁸ Mehmet Emin ARTUK (2008), “Hekimler Açısından Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, *İçinde, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Hukukunun Güncel Sorunları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Birinci Baskı, Ankara, s. 427-463.

ekonomik bakımdan ortaya çıkan zararı ifade etmez. Mağduriyet kavramı, ekonomik zarar kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Bireyin, sosyal, siyasi, medeni her türlü haklarının ihlali sonucunu doğuran hareketler bu kapsamda değerlendirilmelidir.⁸¹⁹

Polis, itfaiye görevlisi, doktor, hemşire... ve benzeri gibi kamu görevlileri, kanun veya bir sözleşme uyarınca insanların hayatlarıyla ilgili olarak çeşitli davranışlarda bulunma yükümü yüklenen kimselerdir. Bunların bu davranış yükümlülüklerinin gereğini yerine getirmemeleri ve bu suretle bir kimsenin ölümüne neden olmaları durumunda hem 5237 s. TCK m.83'te hem de 5237 s. TCK m.257/f.2'de düzenleme altına alınan suç gerçekleşmiş olacaktır. Ancak 257. maddenin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, m.257/f.2 ancak görevi ihmal teşkil eden davranışın başka bir suç oluşturmadığı hallerde uygulanacağından, bu durumdaki bir kamu görevlisinin görevi ihmal suçundan değil, ihmal suretiyle adam öldürme suçundan cezalandırılması gerekecektir.⁸²⁰

Nitekim 257. maddede görevin gereklerini yapmakta ihmal ve gecikme gösterilmesinin cezalandırılabilmesi için fiilin; kişinin mağduriyetine, kamunun zararına neden olmasına ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamasına bağlıdır.⁸²¹ Bu

⁸¹⁹ Mehmet Emin ARTUK 2008, age, s. 427-463.

⁸²⁰ Emre AKBULUT 2006, age, s. 183-224.

⁸²¹ "Vakıf Gureba Hastanesinde doktor olarak görev yapan sanığın 18.03.2008 tarihinde katılanın bir şikâyeti ile ilgili ameliyatını yaptığı sırada katılanın batında cerrahi mala unutulması ve daha sonra katılanın şikâyetleri üzerine yeniden ameliyat olmasına sebebiyet vermesi şeklindeki eyleminin taksirle yaralama suçunu oluşturduğu, hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321 ve 326/son maddeleri uyarınca hükmün BOZULMASINA, 17/03/2020 tarihinde oy çokluğuyla karar verildi.

(MUHALİF)

MUHALEFET ŞERHİ:

...

Sağlık Bakanlığı Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği (13.01.1983 tarihli ve 17927 mükerrer Resmî Gazete) yataklı tedavi kurumlarında çeşitli hizmetlerin uygulama esaslarını personelin görev ve yetkilerini ve sorumluluğunu belirler. Yönetmeliğin 8. maddesi hekimlere bu konuda bir sorumluluk vermektedir. Özellikle 16. madde ameliyathane hizmetlerini genel olarak tanımlar. 16/I madde ameliyathanelerin yönetimi hizmete hazır bulunması alet ve malzemelerin sağlanması burada çalışan personelin yönetimi ve eğitimlerinin yapılmasıyla genel cerrahi uzmanını görevlendirmiş olup bu cerrah baş tabipliğe karşı doğrudan sorumludur. 16/I-son fıkra sorumlu uzmanın emrine çalışmak üzere gerekli görülen personelin görevlendirildiğini bildirmektedir.

16/IV ameliyat sonrası aşamayı bildirmektedir. Sorumlu cerrah bu aşamada 24 saat ile sınırlı olarak yine sorumlu tutulmuştur. Benzer sorumlulukta 1219 sayılı yasa 70. maddede de bildirilmektedir.

Tekrar yönetmeliğe dönülecek olursa 114/1-e bendi hem 1219 sayılı yasaya atıfta bulunmakta hem de dinen hekim olan cerrahı ameliyat konusunda sorumlu tutmaktadır. Bu yönetmeliğe göre elimizde olan önemli bir dayanakta ameliyatı yapan uzmanın ameliyat sonrasında tuttuğu yazılı belgedir. Bu belgenin niteliği yönetmeliğin ek 52 maddesinde form 11 olarak yer almaktadır. Ameliyatın

sonuçlara yol açmayan bir hareket, 257/2 kapsamında mütalaa edilemeyecektir. Bu haller cezalandırılabilme koşulu niteliğindedir. 765 sayılı TCK döneminde kamu

tamamlanma aşamasını teyit eden resmî belge ameliyatı yapan doktor tarafından imzalanarak süreç tamamlanmaktadır. Yönetmelik 138. madde ameliyathane teknisyeninin görevini belirlerken aslında bunun sorumluluğunun da uzman doktorun sorumluluğunun alt kâdemesinde yer alacağını belirtir. Tüm yukarıdakilere ek olarak yönetmelik 119. maddenin uzmanlık eğitimi gören asistan doktorların uzmanlık tüzüğüne göre yetiştirileceğini bildirmektedir. Bu anlamda uygulamada var olan dayanaklardan biri de tüm hastaneler tarafından kendi bünyesine uyarlanarak temel alınan Sağlık Bakanlığı tarafından 36 numaralı yönerge şeklinde tanımlanmış "güvenli cerrahi kontrol listesidir". Her hastane bunu baz alarak kendi kontrol talimatnamesini oluşturmaktadır. Bu tür güvenli cerrahi kontrol listeleri operasyon sonunda ilgili cerrahın imzasıyla tamamlanır. (Yönetmelik ek 12-13 numaralı form)

Bu aşamalar irdelendiğinde operasyon aşamasında hem fiili olarak hem mevzuata göre ana idareci olan kontrol mekanizmasını elinde tutan kişi ameliyatı yapan uzman cerrahdır. İçeri alınan malzemenin sayımı ekip tarafından yapılmakta ve ameliyat sonrası sarf edilen malzeme yine ekip tarafından sayılmakta ise de neticede bunun sayılıp sayılmadığını kontrol etme yükümlülüğü ameliyatı tamamlayan belgede imzası bulunan cerraha aittir. Sonuç itibarıyla bu fiili durumun iyi irdelenmesi gerekir. Mevcut davada cerrahi malanın içeride bırakılması şeklindeki işlemde hem malzeme sayımı hem cerrahi asiste eden asistanın eylemine gözetim bakımından cerrah sanık tarafından kusurlu bir davranış vardır. İlk tespitimiz budur.

İkinci olarak bu eylem sürecinde kusurlu olan hekimin bu kusurlunun kast mı yoksa taksir altında mı gerçekleştiği ceza yargılamasının asıl sorunudur. Sanık hakkında yargılama TCK 257/2 maddeden yapılmıştır. TCK 257. maddede korunan hukuki değer kamu idaresinin disiplinli, dürüst ve etkin şekilde hukuken belirlenen sınırlar çerçevesinde işlemlerini sağlamak suretiyle kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakat ilkeleri açısından adaletli şekilde yürütüldüğü hususunda toplum ve kamu idaresi arasındaki güven ve inancın korunmasıdır. Mevcut davada sanığın ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu işlediği iddiası mevcuttur. Burada temel hareket noktası ihmali davranışın görevin gereğini yerine getirmeme şeklinde ortaya çıkmış olmaktadır. Yukarıda açıklanan mevzuat ve ameliyat aşamasındaki fiili uygulama dikkate alındığında sanık yürüttüğü görevle ilgili yasa, yönetmelik, talimatname gibi düzenleyici işlemlere ve kurallara uymamıştır. İşin teknik mecburiyetleri de fail tarafından yerine getirilmemiştir. Burada ihmal kavramını "kamu görevlisinin yerine getirmekle yükümlü olduğu işini yasal düzenlemelere göre ve işin tekniğine göre yapmamak" şeklinde anlamak ve tanımlamak gerekir.

Sayın çoğunluk sanık eyleminin TCK 89 madde çerçevesinde değerlendirilmesi yolunda bir görüş ortaya koymuştur. Burada 2 adet çekince mevcuttur. TCK 89. madde mevcut haliyle "meslek ve sanata acemiliktir" unsurunu taşımamaktadır. O halde bu ve benzeri davalarda kusur kavramını dar yorumlayarak TCK 89. maddenin zorunlu bir parçası olarak değerlendirmek hatalı olacaktır. Bu ve benzeri davalarda kusur kavramını failin kusurlu davranışının genel bir çerçevesi olarak tanımlamak kast ve taksir kavramını bu şemsiyenin altında görmek gerekir. İkinci çekince ise aslında kusur oluşturduğu söylenen eylemin hukuksal dayanaklarının (yönetmelik ve talimatnameler) bulunduğu ve eğer bu mevzuata doğru bir şekilde uyulsa idi işin teknik noktasında da hata yapılmayacağı hususunun dikkate alınması gereğidir. Eğer sanık kendi söylediği gibi cerrahi malayı ameliyatı kapatma işlemi yapan asistanın içeride unuttuğunu söylüyor ise bu noktada iki ayrı alt başlıkta ihmal gösterdiği söylenecektir. Bunlardan birincisi, ameliyatın olma aşamasında asiste eden doktorun müstakilen sorumluluk almadığı ilgili tüzüğüne göre yetiştirilmek üzere orada bulunduğu ve onun davranış kontrolünün sanık tarafından yerine getirileceği noktasıdır. İkinci şey ise içeriye malzemeyi sayarak alan hemşire ya da teknisyenin ameliyat sonrası kullanılan malzeme hariç diğer malzemeyi sayması şeklindeki eylemin kontrolünde sanık tarafından yapılması gereğidir. Bu iki aşamayı da sanık doktor atlamıştır. Burada eylemin taksir kavramıyla açıklanma olanağı mevcut değildir.

Tüm yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde gerek sağlık mevzuatı gerek bir ameliyatın gerçekleştirilme süreci gerek TCK'daki kast ve taksir kavramları birlikte ele alındığında sanık eyleminin TCK 257/2 maddede yer alan ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarını oluşturduğunu düşünmekteyim. Bu nedenle sayın çoğunluğun eylemin TCK 89. madde çerçevesinde olduğu yolundaki görüşüne katılmıyorum."

Y.9.CD, E: 2020/3991, K: 2020/120, T: 17.03.2020, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6cjzSEoltYaIzYKkexCefi8CbYA~~∓=0.3461521862434769>. ET. 06.03.2022

görevlisi olan bir hekim, görevini yapmakta gecikme veya ihmal gösterirse, bunun sonucunda mağdur zarar görmese bile, hekim görevi ihmal (765 sayılı TCK m. 230) suçundan dolayı sorumlu tutulmaktaydı. Buna karşılık bu ihmal mağdurun yaralanmasına veya ölümüne neden olduğunda, hekim taksirle öldürme veya yaralamadan cezalandırılmaktaydı. Ancak burada özellikle zararın meydana gelmediği durumlarda, kamu görevlisi olmayan hekimlerin cezai sorumluluğuna gidilememe problemi ile karşı karşıya kalınmaktaydı. 5237 sayılı TCK'da ise, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, "kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (m. 83)", "kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi (m. 88)" suçlarına yer verilmiş ve görevi kötüye kullanma suçu açısından objektif cezalandırılma şartları (kişinin mağduriyeti, kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama) öngörülmüştür. Buna göre, bir hekim hastasını kasten muayene etmese ve bunun sonucunda hasta ölse veya yaralansa, hekim 83 veya 88. maddeye göre sorumlu tutulmalıdır. Eğer hekimin (kamu görevlisi olsun ya da olmasın) taksirli bir hareketi varsa, taksirle öldürme (m. 85) veya taksirle yaralama (m. 89) suçlarından cezalandırılmalıdır. Kamu görevlisi olan bir hekimi görevin gereklerine aykırı davranışı veya ihmal veya gecikmesi, kişinin mağduriyetine (ölüm ve yaralanma d ışıında, örneğin gereksiz tetkiklerde bulunarak hastanın maddi ve manevi zararına sebebiyet), kamunun zararına (örneğin tedaviye gelen hastaları röntgen cihazı bozuk diyerek çevredeki özel kurumlara gönderme) ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanmasına (örneğin, kendi uzmanlık alanına giren hastalığın tedavisi için kişileri sebepsiz yere arkadaşının özel muayenehanesine yönlendirme) sebebiyet verdiği takdirde, hekim 257. maddeye göre, görevi kötüye kullanma hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilir. Hekimin uzmanlık alanı ne olursa olsun acil olarak hastaneye gelen hastalara müdahale etme zorunluluğu bulunmaktadır.⁸²² Bu itibarla hastaneye

⁸²² "Oluş ve dosya kapsamına göre, 1993 doğumlu ...'ın 22.12.2007 günü saat 17.00 sıralarında Gebze'de ambulansla Kartal Lütfi Kırdar Eğitim ve Araştırma Hastanesine getirildiği, hastanede nöroloji bölümü acil nöbetçisi olan ve nöroloji bölümü asistanı olan Dr. ... tarafından muayene edildiği, febril konvülsiyon tanısı (yüksek ateşe bağlı havale) konulan hastanın tedavisinin yapıldığı, 2-3 saat kadar müşahade altında tutulduktan sonra durumu düzeldiği için taburcu edildiği, daha öncesinde ... Yıldız'ın 2,5 yaşında menenjit geçirdiği ve sekel olarak görme duyusunu kaybettiği, özel bir okulda eğitimine devam ettiği ve başkaca tıbbi sorununun olmadığı, hastanın aynı gece saat 01.30'da tekrar rahatsızlanması üzerine yeniden aynı hastaneye ve doktora müracaat ettiği, sanığın hastayı pediatrik grupta olduğu için pediatriye yönlendirdiği, hastanın buradan da 13 yaş üstü olduğu için nöroloji bölümüne geri gönderildiği, sanığın hastayı bu kez sevsiz olarak Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesine gönderdiği, burada acil tedavisi yapılan hastanın 4 saat müşahade altında tutulduktan sonra hastanede çocuk yoğun bakım ünitesinde yer olmadığı için ambulansla Özel Göztepe Hastanesine sevk edildiği ve durumunun kritik olduğu söylenerek yoğun bakıma alındığı,

gelen acil bir hasta sırf hastanede yer olmadığı ileri sürülerek başka hastanelere

31.12.2007 tarihinde tedavisinin 9. gününde aynı hastanede vefat ettiği olayla ilgili olarak 4483 sayılı Yasa uyarınca yürütülen soruşturma aşamasında İstanbul Fatih Sultan Mehmet Eğitim ve Araştırma Hastanesi Başhekim Yardımcısı Op. Dr. ... tarafından düzenlenen 02/05/2008 tarihli raporda, "... , 22.12.2008 tarihinde Hastanın saat 17.00 sıralarındaki ilk gelişinde Hastayı muayene ettiği, gerekli tetkik ve tedavisini yaptığı, hastanın şikayetlerinin düzelmesi üzerine taburcu ettiği anlaşılmaktadır. Burada ...'un bir ihmali ve kusuru bulunmamaktadır. Hastanın 01.00 sıralarındaki ikinci gelişinde, önceden takip ve tedavi ettiği hastaya, bu gelişinde aynı ilgi ve özeni göstermeyip, yaşının küçük olduğu gerekçesi ile Acil Çocuk Polikliniğine göndermiştir. Hastanın ikinci gelişinde protokol defterinde yeni bir kayıt ve yapılan tıbbi işlemlere ait bir bilginin bulunmadığı anlaşılmaktadır. İlk muayene ve tedavi eden Hekim olarak, branşıyla ilgisi olmasa bile ilgili branşlarla konsülte ederek, Hastanın tetkik ve tedavisini sağlamalıydı. Hasta başka bir hastaneye ambulansla nakledilmesi gerekirken, gideceği hastane ile iletişim sağlanmadan kendi imkanları ile gitmek zorunda bırakılması ve kendi tercihleri ile Marmara Üniversitesi Hastanesine gitmelerinin, tedavinin gecikmesine ve zaman kaybına sebep olduğu kanaatine varılmıştır. İstanbul Kartal Dr. Lütfi Kırdar Eğitim ve Araştırma Hastanesi bu konuda her türlü imkân ve donanımına sahipken, Özel Göztepe Hastanesi Yoğun Bakım Servisinde tedaviye alınması etik ve yasal açıdan doğru değildir. Hastanın Özel Göztepe Hastanesinde, Yoğun Bakım Servisine hemen alınması ve 8 gün sonra vefat etmesi hastalığın boyutunun ne kadar ciddi olduğunu göstermektedir. Ayrıca ilgili Uzman veya Nöbetçi Şef Uzman Doktorun bilgisi olmadan Hastanın başka bir hastaneye yönlendirilmesi de yanlış ve bu konuda yapılan genelgelere de aykırıdır. Bu nedenle 4483 Sayılı kanunun 5. ve devamı maddeleri uyarınca kusurlu bulunmuştur" şeklinde rapor düzenlendiği yine yargılama aşamasında Yüksek Sağlık Şurasından alınan 25.02.2011 tarihli raporun sonuç bölümünde "Dosyadaki bilgi, belge ve bulgular değerlendirildiğinde; hastanın sevinde uzman doktorun görüşü alınmamasının, status epileptikus gibi acil bir durumda acil servise başvuran bir hastanın tedavi edilmemesinin ve ambulans tedarik edilmeden gönderilmesinin tıbben doğru olmadığı, dolayısıyla asistan olarak görevli ... ve Dr. ...'ın birlikte kusurlu oldukları"na ilişkin raporu ile sanığın kusurlu bulunduğu, her ne kadar İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı başkanı ve üyesinden oluşan bilirkişilerce hazırlanan raporda özetle "Net olarak anlaşılacağı gibi bir Eğitim ve Araştırma Hastanesinde uzmanlık eğitimi gören bir hekimin (asistanın) herhangi bir hastayı tek başına üstlenebilme yetki ve sorumluluğu yoktur. Bir kişinin "çocuk" olup olmaması ile ilgili bir tartışma olamaz. Ulusal ve uluslararası mevzuata göre 18 yaşını doldurmamış olanlar çocuktur. Ancak bir hastanede hangi yaş sınırlarına hangi durumda hangi kliniğin bakacağı bir iç protokolle ayrıca düzenlenmiş olabilir. Dosyada Kartal Dr. Lütfi Kırdar Eğitim ve Araştırma Hastanesinde uygulamanın nasıl yapıldığı veya yapılması gerektiği ile ilgili bir bilgi mevcut değildir. Ancak hastanın gittiği diğer hastanelerde de çocuk klinikleri tarafından takibe ve bakıma alınmış olmasının ...'un yaptığı uygulamanın yani hastayı çocuk kliniklerine göndermesinin doğru bir davranış olduğunu göstermektedir. Dolayısı ile söz konusu hekimin "asistan" sıfatı ile "pratisyen hekim" kadar olan "bireysel" hata ve sorumluluğundan söz etmek de mümkün değildir. Kanaatimizce bu olayda sistemden, hastane idaresinden ve diğer kişilere ait bireysel hatalardan kaynaklanan zararlı sonuç, haksız biçimde ...'un üzerine yüklenmiştir" şeklinde rapor düzenlenmiş ise de, bu raporun olaya ve sanığın kusur durumuna ilişkin yeterli düzeyde değerlendirme içermediği ve mahkeme tarafından talep edilmeyip sanık müdafii tarafından dosyaya sunulduğu anlaşılmakla; oluş ve dosya kapsamına göre yapılan değerlendirmede, sanık ... Çakalkurt'un her ne kadar ölen ve katılanın ilk müracaatı sırasında uyguladığı teşhis ve tedavi tıp kurallarına uygun bulunsa dahi, ikinci müracaat üzerine ölenin ilgili branşlarla konsülte ederek, tetkik ve tedavisini sağlamasında ihmal gösterdiği, ölenin başka bir hastaneye ambulansla nakledilmesi gerekirken, gideceği hastane ile irtibat sağlanmaksızın, katılanın çocuğunu kendi imkanları ile başka bir hastaneye götürmek zorunda bırakılması ve böylece tedavide gecikmeye sebep olunması suretiyle eyleminin TCK'nın 257/2. maddesindeki görevi ihmal suçunu oluşturduğu ve mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde beraatine karar verilmesi,

Kanuna aykırı olup, katılanlar vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulamakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme aykırı olarak BOZULMASINA, 08/01/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

Y.12.CD, E: 2019/13238, K: 2020/234, T: 08.01.2020, Kazancihukuk.com,

<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6cJzSm5iEa6u0FfdoR29+mM6vQQ~&=0.0704580847647791>. ET. 06.03.2022

gönderilmemelidir. Burada acil hastaların ilk müdahale yapıldıktan sonra yer olmadığı gerekçe gösterilerek sevk edilmesi makul karşılanabilir. Buna karşılık hastaya bakılmaksızın doğrudan hastanın başka hastanelere gönderilmesi hekimin cezai sorumluluğunu gerektirir ki, bu durumda hekimin kast ve taksirine ve meydana gelen neticeye göre TCK 81, 83, 85, 88, 89 veya 257. maddeleri çerçevesinde sorumluluğu ortaya çıkar.⁸²³ Görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin olarak özellikle hekimler açısından tıbbi müdahale hakkı hukuka uygunluk sebebi önem arz etmektedir. Tıbbi müdahale hakkı, 5237 sayılı TCK'nın 26/1. maddesi uyarınca hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilmelidir. Buna göre tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, müdahalenin tedavi amacıyla yapılması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması ve yapıldığı tarih itibariyle tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmiş olması gerekir. Bu çerçevede gerçekleştirilen hareketler hukuka uygun olur ve görevi kötüye kullanma suçu oluşmaz.⁸²⁴

3.2.2.4 Suçun Manevi Unsuru (Tipikliğin Sübjektif Unsuru)

Gerek icrai ve gerekse ihmali hareketle işlenen görevi kötüye kullanma suçunun manevi unsuru kasttır. Özbek ve arkadaşlarına göre, genel kast yeterlidir; özel kast aranmaz. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket ettiğini ve bunun sonucunda mağduriyete ve kamunun zararına yol açacağını veya kişilere haksız kazanç sağlayacağını bilerek hareket etmesi gerekir ve yeterlidir.⁸²⁵ Taneri'ye göre de görevi kötüye kullanma suçunda manevi unsur kasttır.⁸²⁶ Meran da bu hususta aynı kanaattedir. Eylem sonucunda, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunacağını ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanacağını bilmesi ve istenmesi yeterlidir, ayrıca bu saikle hareket edilmesi şart değildir.⁸²⁷ Koca ve Üzülmöz de tipikliğin manevi unsuru hakkında şunları söylemektedir: “Görevi kötüye kullanma, kasten işlenebilen suçlardandır. Maddede, suçun oluşumu için, failin kasten hareket etmesi yeterli görülmüş, onun belli bir maksat veya saikle hareket etmesi aranmamıştır. Bu kapsamda, kamu grevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir davranışta bulunduğu, kendisine tanınan yetkinin sınırlarını aştığı bilincine

⁸²³ Mehmet Emin ARTUK 2008, age, s. 427-463.

⁸²⁴ Age, s. 427-463.

⁸²⁵ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 1125-1138.

⁸²⁶ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 482-518.

⁸²⁷ Necati MERAN (2006), *Kamu Görevlisine ve Adliyyeye İlişkin Suçlar*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 137-154.

sahip olarak gerçekleştirdiği fiiller görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Görevi kötüye kullanmanın ihmali hareketle işlenen şekli bakımından, kamu görevlisinin belli yönde icrai davranışta bulunmasını gerektiren şartların oluştuğunu bilmesine rağmen, kendisinden beklenen yönde hareket etmemesine bağlıdır.”⁸²⁸⁻⁸²⁹

⁸²⁸ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ (2019), *Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 938.

⁸²⁹ "Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; doktor olan sanığın eylemi ile gerçekleşen ölüm neticesi arasında nedensellik bağı bulunup bulunmadığı, buna bağlı olarak da eyleminin TCK'nın 85/1. maddesi kapsamında taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçunu mu, yoksa TCK'nın 257/2. maddesi kapsamında görevi ihmal suçunu mu oluşturacağına belirlenmesine ilişkindir.

...

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanık Enver İleri hakkında taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçundan verilen beraat hükmü temyiz edilmeksizin kesinleşmiş olup direnme ve temyiz kapsamına göre inceleme, sanık ... hakkında taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçundan verilen mahkûmiyet hükmü ile sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; doktor olan sanığın eylemi ile gerçekleşen ölüm neticesi arasında nedensellik bağı bulunup bulunmadığı, buna bağlı olarak da eyleminin TCK'nın 85/1. maddesi kapsamında taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçunu mu, yoksa TCK'nın 257/2. maddesi kapsamında görevi ihmal suçunu mu oluşturacağına belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Olay günü saat 11.25 sıralarında inceleme dışı sanık Enver İleri'nin yönetimindeki kamyon ile kavşak çıkışına geldiğinde, sağ tarafından karşıdan karşıya geçmek üzere yola giren 76 yaşındaki yaya ...'a çarptığı, ...'in saat 12.30 sıralarında Erciş Devlet Hastanesinin acil servisine yaralı olarak getirildiği, nöbetçi olan pratisyen hekim sanık ... tarafından yaralı şahsa müdahale edilip beş saat müşahede altında tutulduktan sonra saat 17.00 sıralarında taburcu edildiği, saat 17.48'de bilinci kapalı bir şekilde tekrar hastaneye getirilen ...'in hastanede yapılan müdahalelere rağmen öldüğü,

Sanık tarafından düzenlenen 19.09.2005 tarih ve 72025 sayılı adli rapor formunda; "saat 12:48'de geldiği, genel durum iyi, bilinç açık, oryante, koopere, yapılan FM'de; alın sağ kısmında 4x5 cm'lik ekimoz alanı mevcut, her iki diz üzerinde 2 cm'lik ekimoz mevcut, her iki el üzerinde 1 cm'lik ekimotik alanlar olduğu, hayati tehlikesi olmadığı, yaralanmanın basit müdahale ile ...; konuşma normal, duyu ve organlar normal, fraktür yok, geçici hekim raporu olduğu, kati raporun 24 saat sonra verileceği",

Aynı tarihte sanık tarafından düzenlenen 72095 sayılı adli rapor formunda; "saat 17.45'te geldiği, GD kötü, TA: 40/20, spontan solunumu mevcut, damar yolu açılarak sıvı takıldığı, entübe edildiği, TA alınmadığı, EKG'de atım kaybolduğu, elektrokardiyoversiyon yapıldığı, resüsitasyona devam edildiği, yanıt vermeyen hasta ex kabul edildiği", bilgilerine yer verildiği,

Malatya Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından düzenlenen adli muayene ve otopsi tutanağına göre; sağ temporalden başlayan kafa sağ orta çukura doğru ilerleyen 6 cm uzunluğunda lineer kırık hattı olduğu, göğüs solda 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 ve 8. kaburgaların skapüller hattan; 3, 4, 5, 8, 9 ve 10. kaburgaların klavikuler hattan; sağda 2, 3, 4, 5 ve 6. kaburgaların klavikular hattan; 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 ve 10. kaburgaların skapuler hattan; sağ klavikulanın ortadan kırık oldukları, yine sol klavikulanın da kırık olduğu, tüm kırık bölgelerinde ekimozlu kanama saptandığı ve kesin ölüm nedeninin belirlenemediği, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 17.02.2006 tarihli rapora göre; dosyadaki 7 adet direkt grafinin incelenmesinde sağ klavikula kırığı, sağ hemitoraksta yaygın cilt altı amfizemi ile seri kot kırıkları; solda seri kot kırıkları, pnömotoraks, cilt altı amfizemi, ischon pubis kırıkları belirlenen kişinin ölümünün trafik kazasına bağlı kaburga, kalça, kafatası, köprücük kemiği kırıkları ile birlikte iç organ yaralanması ve bunlara bağlı gelişen komplikasyonlar sonucu meydana geldiği,

Operatör Doktor Akif Emre Nurfoğlu tarafından düzenlenen ön inceleme raporuna göre; yapılan otopside sağ temporal kemikte kırık saptandığı, ancak bu tür kırıklarda hayati tehlike oluşturacak beyin hasarının beklenmediği, otopsi raporunun da bu yönde olduğu, otopside göğüs açıldığında kaburgalarda tespit edilen kırıkların bir kısmının travma sonucu, bir kısmının ise yapılan resüsitasyon

esnasında kalp masajı sonucu oluştuğu kanaatinde olduğu, ölenin röntgen filmlerinde pnömotoraks ve hemotoraks olmadığı belirlendiğinden kırık olmasına rağmen tedavisinin ilaç ile yapıldığı, bu durumlarda başka bir tedavi metodu olmadığı, haliyle yapılan tedavinin doğru olduğu, ölene müdahale eden sanık doktorun tespit edilen kaburga kırıkları için sadece ilaç tedavisi uygulayıp gözleme olarak solunum sıkıntısı olmadığını görüp daha sonra taburcu etmesinin doğru bir uygulama olduğu, bu süre zarfında hayati önemi haiz bir semptomla karşılaşılması nedeniyle de tedaviyi sonlandırmasında bir kusurunun görünmediği,

Yüksek Sağlık Şurası kararına göre; sanığın multitravmalı hastaya yaklaşımda hatalı olduğu, kırıkları tespit edemediği, ağır travmaya rağmen hastayı sevk etmediği ve gerekli konsültasyonları yapmadan hastayı evine gönderdiği, hastanın durumunu multidisipliner değerlendiremediği ve tıbbin gereklerini yapmadığından kusurlu olduğu, kaza ile ...'ın ölümü arasındaki illiyet bağımlı sanığın bu kusurlarının kesmediği,

Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 13.03.2013 tarihli rapora göre; dosyada mevcut grafilerde bilateral multipl kot, sağ klavikula, sağ ramus pubis superior ve inferior kırıkları ile sol pnömotoraks cilt altı amfizemi olduğu dikkate alındığında kırıkların tespit edilmemesinin eksiklik olduğu, ancak kişide tespit edilen travmatik değişimlerin ağırlıkları ve kişinin yaşı da dikkate alındığında zamanında tespit edilerek uygun tedavisinin başlanması durumunda da kişinin kurtulmasının kesin olmadığı, anlaşılmıştır.

...

Öte yandan, Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinin "Acil Servis Tarafından Yürütülecek İşlemler" başlıklı 24. maddesinin somut olaya ilişkin ikinci ve üçüncü fıkrası; "Acil servis, hastanın sosyal güvencesi olup olmadığına, bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kuruluşunun nevine ve hastanın diğer özelliklerine bakmaksızın, stabilizasyon sağlanıncaya kadar bütün tıbbi hizmetleri sunar. Vakanın tedavisinin başka bir sağlık kuruluşunda sürdürülmesi, mevzuat veya bu kuruluşun tıbbî-tekniğin imkanları açısından zorunlu ise, hastanın sosyal güvenlik durumuna en uygun kuruluş ile mutabakat sağlandıktan sonra, tıbbî bakım ve tedavisine devam edilmesi için, acil servis sorumlu tabibi Merkezden sevk işleminin gerçekleştirilmesini ister" şeklinde düzenlenmiştir.

İstikrar veya dengeleştirme olarak da ifade edebileceğimiz stabilizasyon, hastanın maruz kaldığı ve acil servise gelmesine sebep olan tıbbi rahatsızlığının belli ölçüde giderilip vücut dengesinin yeniden sağlanması, rahatsızlığının ilerlemesinin durdurulması, vücut fonksiyonlarının sabitleştirilerek aynı kararda devam edecek hale getirilmesi, daha ileri müdahale gerektiren durumlarda o müdahale yapıncaya kadar hastaya tıbbi destekte bulunularak hastanın dengede tutulması ve yeni komplikasyonlar doğmasına engel olunmaya çalışılması anlamlarına gelmektedir. Acil servis görevlilerinin, acil bir tıbbi vaka nedeniyle acil servise gelmiş bir hastaya, sosyal güvencesinin olup olmadığını ve diğer özelliklerini nazara almadan stabilizasyonu sağlanıncaya kadar bütün tıbbi hizmetleri sunmaları zorunludur.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; olay günü saat 11.25 sıralarında inceleme dışı sanık Enver İ...`nin yönetimindeki kamyon ile kavşak çıkışına geldiğinde, sağ tarafından karşıdan karşıya geçmek üzere yola giren 76 yaşındaki yaya ...`a çarptığı, Erciş Devlet Hastanesi acil servisine yaralı olarak getirilen ...`a ilk müdahalenin nöbetçi doktor olan sanık tarafından yapıldığı, röntgen çekilmesine, serum takılmasına ve açık olan yaralar için pansuman yapılmasına karar veren sanığın, ağrılarından şikâyetçi olan ve bir defa da kusan ...`ı serumu bittikten sonra taburcu ettiği, yakınları tarafından ayaklarından ve omuzlarından tutularak araca bindirilen ...`ın eve gittikten çok kısa bir süre sonra bilincini kaybetmesi üzerine tekrar hastaneye getirildiği, sanık tarafından yapılan müdahalelere rağmen hayatını kaybettiği olayda; ...`ın ölümünün trafik kazasına bağlı kaburga, kalça, kafatası, köprücük kemiği kırıkları ile birlikte iç organ yaralanması ve bunlara bağlı gelişen komplikasyon sonucu meydana geldiğine dair Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun 17.02.2006 tarihli raporu; sanığın tıbbin gereklerini yapmaması sebebiyle kusurlu olduğuna ancak bu kusurlarının kaza ile ...`ın ölümü arasındaki illiyet bağımlı kesmediğine ilişkin Yüksek Sağlık Şurası kararı ve kırıkların tespit edilememesinin eksiklik olduğuna ancak kişide tespit edilen travmatik değişimlerin ağırlıkları ve kişinin yaşı da dikkate alındığında, zamanında tespit edilip uygun tedaviye başlanması durumunda dahi kurtulmasının kesin olmadığına dair Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun 13.03.2013 tarihli raporu birlikte değerlendirildiğinde; sanığın davranışları ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağımlı kesin olarak belirlenemediği, bu nedenle sanığın meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacağı, bununla birlikte Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinin 24. maddesinin 2 ve 3. fıkraları gözetildiğinde sanığın, genel beden travmasına ve çoklu kemik kırıklarına maruz kalmış öleni stabilizasyonu sağlanıncaya kadar ve tıp çevrelerinde genel olarak kabul gördüğü şekilde yirmi dört saat müşahede altında tutması veya başka bir sağlık kuruluşuna sevk

"Toroslu'ya göre, görevi ihmal suçu kasıtlı bir suçtur. Kastın varlığı için, kamu görevlisinin kendi görevine giren bir işi yerine getirmemek iradesi ile hareket etmesi yeterli değildir; ayrıca kişilerin mağduriyetine ve kamu zararına neden olmak ya da kişilere haksız kazanç sağlamak bilinç ve iradesine de sahip olması gerekir. O halde kamu görevlisinin, işin görevinin gereği olmadığı veya hükümde sayılan sonuçlara neden olmayacağı yolundaki inancı, kastı ortadan kaldırır.⁸³⁰ Önder ise konu hakkında şöyle demektedir:

*"Görevi kötüye kullanma suçunda bazı yazarlarca genel kast yeterli olduğu halde, diğer bazılarınca ve Yargıtay'ın kararlarında bu suçta özel kastın mevcudiyeti aranmaktadır. Mukayeseli hukukta da durum farklılık göstermektedir. Bir grup kanunlarda genel kast yeterlidir; suç tipinde kastın herhangi bir türünün gerekli olduğuna dair bir açıklık yoktur. (Hollanda, Arjantin). Diğer bir grup kanun manevi unsur bakımından failde saik arar. Saik olarak faildeki şahsi yarar (Romanya, Brezilya); zarar vermek kastı (İtalya, Çekoslovakya, Danimarka); kamu haklarına zarar vermek (Danimarka); kamu malına zara vermek (Romanya) gibi saikler suç tipinde ayrıca gösterilmiştir. Nihayet bazı kanunlar saik değil, netice üzerinde dururlar ve bu neticenin görevin kötüye kullanılmasından herhangi bir kişiye zarar vermiş olmasını ararlar (Romanya)."*⁸³¹

Eski TCK döneminde, Yargıtay, verdiği çeşitli kararlarda, görevin genel nitelikte kötüye kullanılması suçunun gerçekleşmiş olabilmesi için failde özel kastı aramıştır. Mesela, eski TCK döneminde, "Vaki şikâyet üzerinde tahkikat evrakı tanzim etmemekte hususi bir kastı bulunduğu tespit edilmeden ve bilhassa suçun

etmesi gerekirken, beş saat sonunda taburcu ederek evine göndermesi suretiyle görevinin gereklerini yerine getirmekte ihmal gösterdiği, bu haliyle eyleminin TCK'nın 257/2. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçunu oluşturduğu ve bu suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın eyleminin taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçu kabul edilerek TCK'nın 85/1. maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.

Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmünün, sanığın 5237 sayılı TCK'nın 257/2. maddesi uyarınca mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden aynı Kanunun 85/1. maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Erciş 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 26.03.2015 gün ve 25-213 sayılı direnme hükmünün, sanığın 5237 sayılı TCK'nın 257/2. maddesi uyarınca mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden aynı Kanunun 85/1. maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi isabetsizliğinden bozulmasına,

2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine, 16.05.2017 tarihinde yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi."

YCGK, E: 2017/271, K: 2017/278, T: 16.05.2017, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6cjzS17xTwNwsisN6fiEn0MUf9Q~~&=0.2506882071925134>, ET. 06.03.2022

⁸³⁰ Nevzat TOROSLU 2007, age, s. 307.

⁸³¹ Ayhan ÖNDER 1994, age, s. 215.

görevi ihmal olup olmayacağı tartışılmadan 240. madde ile ceza verilemez.” (Yargıtay, 4. CD., 28.05.1948, 3429/661). Diğer bir kararda “Hasta mahkûmu ziyaret saati haricinde eniştesi ile görüştüren maznunun hususi bir maksadı tespit edilmediğine göre, vazifeyi suiistimal suçunun ne sebeple tekevvün ettiği izah ve münakaşası yapılmadan mahkûmiyet hükmü verilmesi yolsuzdur.” (Yargıtay, 4. CD., 14.06.1960, 4453/6462). Ancak, yüksek mahkemenin özel kastın aranmadığı ve genel kast ile de bu suçun işlenebileceğini belirten kararlarına da rastlanmaktadır. Mesela onlardan biri şu şekildedir: “Orman depo memuru olan sanığın, istiften orman malı satıp teslim ettiği şirket temsilcilerine, onların çevredeki saygınlığından faydalanmak, manevi destek sağlamak amacıyla fazla tomruk vermesi ve nakliye kesmemesi görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturur.” (Yargıtay, 4. CD., 23.11.1984, 7582/8069, YKD. 1985-4/586).⁸³²

Suçun oluşumu açısından özel ya da genel kast aranması gerektiği konusunda öğretide görüş farklılığı olduğu gibi Yargıtay kararlarında da bu konuda bütünlük yoktur. TCK 257. maddesinde bir ve ikinci fıkralarda farklı suçlar bulunmakta olup her iki suç arasındaki fark, görevi kötüye kullanma suçunda kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi; görevi ihmal suçlarında ise failin, görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesidir.⁸³³

Suçun kanuni tipinde taksire yer verilmemiştir. O yüzden, suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Görevin gereklerine aykırılık kamu görevlisinin dikkatsizliği ve özensizliğinden meydana gelmiş ise artık bu suçtan bahsedilemez. Görevin gereğine aykırılık, hakkında işlem yapılacak olan belgelerin ya da eşyanın mevzuat yönünden durumunun tespit bakımından dikkat ve özenle incelenmesi gerektiği halde bu konuda gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi şeklinde gerçekleşebilir. Burada, eylemin ihmal kastı ile mi yoksa özensizlik yani taksir neticesi ile mi işlendiğini belirlemek konusu büyük önem taşır.⁸³⁴⁻⁸³⁵⁻⁸³⁶

⁸³² Ayhan ÖNDER 1994, age, s. 216.

⁸³³ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 482-518.

⁸³⁴ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 1125-1138.

⁸³⁵ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 482-518.

⁸³⁶ “Sanığın olay tarihinde, Ayancık Devlet Hastanesi’nde nöbetçi acil hekimi olarak, ölen 2008 doğumlu ...’ı muayene ettiği, tedavi sırasında ölen çocuğun annesinden çocuğun Down sendromlu olduğunu öğrendiği, ölen çocuğun kalbini dinlediği ve boğazına baktığı, akut tonsilit tanısı koyarak ilaç yazdıktan sonra çocuğu evine gönderdiği, ancak ertesi gün sabah saatlerinde çocuğun vefat etmesi şeklinde gerçekleşen olayda; İstanbul Adli Tıp 1. İhtisas Kurulunun 26/10/2011 tarih ve 2011/9391-3361 sayılı 3536 numaralı raporunda “bebekte Down sendromu, geniş ASD, geniş VSD, pulmoner hipertansiyon, konjestif kalp yetmezliği, hipotiroidi hastalığı bulunduğu, Ayancık Devlet

“Kamu Görevlisinin Görevini Yapmakta İhmal veya Gecikme Göstermesi Suçu” bağlamında, hekimlerle ilgili, bazı örnek Yargıtay kararları özet olarak şu şekildedir:

Eski TCK zamanında ve bilahare yeni kanun döneminde görevi kötüye kullanma suçu kapsamında verilmiş bazı yüksek yargı kararlarına da burada yer verilecektir.

“Sosyal Sigortalar Kurumu’nda sözleşmeli hekim olarak çalışan sanık, sigortalı olmayanları hastanede muayene edip ameliyat ettikten sonra hastaneye yatırılması gereken muayene ve ameliyat ücretlerini yatırmadığı gibi, muayene ve ameliyatı da kayıtlara geçirmeden bu hastalarından muayene ve ameliyat ücreti dışında bir para almaması gerekirken para da aldığı anlaşıldığından eylemi TCK’nın 240. maddesine uyar.” (Yargıtay, 5. CD, 27.12.1978, 3883/3802). “Hükümet Tabibi olan sanık olay günü evlenme raporu almak için kendisine başvurulara rapor vermeyerek 13.00’te muayenehanesine gelmelerini söylediği ve o saatte bu şahıslara rapor verdikten sonra 200 lira ücret alma eylemi görevi kötüye kullanmaktır.” (Yargıtay, 5. CD, 15.10.1980, 31174/3377). Hekim olan sanığın çalıştığı hastaneden izinli ya da izinsiz olarak çalışma saatinin bitiminden önce hastaneden ayrıldıktan sonra özel muayene yerinde bulunduğu zaman dilimi içinde hastadan para alması, görev sırasında yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturur.” (Yargıtay, 4. CD, 10.10.1990, 4371/5006). Bu sonuncu karara üyelerden birisi fiilin suç teşkil etmediği; disiplin cezasını gerektireceği, diğeri ise eylem suç olarak kabul edildiği takdirde, suçun 240. maddeyi değil 210. maddeyi ihlal edebileceği düşüncesi ile karşı oy kullanmışlardır.⁸³⁷

Hastanesinde bebeğin muayenesini yapan pratisyen hekim ...'un akut tonsilit tanısı ile ayakta tedavisinin tıp kurallarına uygun olmadığı, ancak bunun yanında Down sendromlu soldan sağa şantlı kalp hastalığı olan çocukların akciğer enfeksiyonlarına yatkın oluşları tıbben bilindiğinden bebeğin hastaneye yatırılıp tedavi edilmesi halinde de kurtarılmasının kesin olmadığı”nın mütalaa edilmesi karşısında, ölene akut tonsilit tanısı ile ayakta tedavisinin tıp kurallarına uygun olmadığı belirtiltiği nazara alınarak, sanığın eyleminin TCK’nın 257/2. maddesinde düzenlenen ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmayacağı değerlendirilmeden, yazılı şekilde beraat hükmü tesisi,

İsabetsiz olup, katılanlar vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK’un 321. maddesi uyarınca, sanık ...'un beraatine ilişkin hükmün isteme aykırı olarak BOZULMASINA, 14/11/2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Y.12.CD, E: 2014/310, K: 2014/22834, T: 14.11.2014, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6cjzSYL18aTgff6GCkp31kF5x0Q~~&=0.7561380538489801>. ET. 06.03.2022

⁸³⁷ Ayhan ÖNDER 1994, age, s. 202-219.

Yargıtay 12.CD; 16.01.2017, E. 2015/15778, K. 2017/295 sayılı kararında, “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, perinatal pnömoni 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.” denilmektedir.⁸³⁸ Özellikle tıbbi hatanın (malpraktis) söz konusu olduğu olaylarda çözümü özel bilgiyi gerektiren tıp hukuku bakımından bilirkişiye başvurmak zorunludur (CMK 63/1). Nitekim Yargıtay’ın uygulaması da bu yöndedir. Yargıtay 12.CD, 14.2.2018, E. 2016/5581, K. 2018/1517 sayılı kararında “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 parsiyel pnömotoraksın takip edilebileceği, acil operasyon gerektirmediği, kişinin hastanede müşahede altında tutulduğu, genel durumunun iyi olması üzerine kontrole gelmek üzere taburcu edildiği anlaşılmış olup, yapılan uygulamaların tıp kurallarına uygun olduğu oybirliği ile mütalaa 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.” şeklinde hüküm verilmiştir.⁸³⁹

Türk hukukunda TCK m. 257/2 ile görevin ihmali suçu genel olarak yaptırma bağlanmıştır. Fakat kamu görevlileri eğer garantör oldukları halde bir garantörsel ihmal suçu işlemişlerse, bu özel hükümlerden (TCK m.83, TCK m.88,

⁸³⁸ Handan YOKUŞ-SEVÜK 2018, age, s. 257-316.

⁸³⁹ Age, s. 257-316.

vd.); özel hüküm yoksa TCK m. 257/2'den cezalandırılacaklardır. Söz gelişi, Almanya'da yaşanan aşağıdaki gerçek olayda polis memuru hakkında genel hüküm olan TCK m. 257/2 uygulanmaz. Çünkü burada garantörsel ihmali suç vardır ve bu da TCK m.88'in uygulanmasını gerektirmektedir. Olay şöyledir: “Bir kadın polise telefon eder ve yardım ister. Telefondaki polis kadının ne istediğini anlamaz ve doktora ihtiyacı olup olmadığını sorar. Kadının ‘evet’ yanıtı üzerine, polis ambulansı bağlar. Ambulans servisindeki görevli kadınla yaptığı görüşmede, kadının yabancı bir erkek tarafından yaralandığını ve erkeğin olay yerine tekrar geleceğini öğrenir. Durumu polise aktarır. Polis ise ısrar eder ve ‘olayın bizimle ilgisi yok; olay sizi ilgilendiriyor. Kadın, doktor istedi’ der. Ambulans servisi ise ‘Hayır kadın bana öyle bir şey demedi’ diye üsteler. Sonuçta her ikisi de telefonun ciddi olmayabileceğini düşünürler ve olay yerine herhangi bir ekip göndermezler. Bu arada kadın ölür.”⁸⁴⁰ Hakeri'ye göre; bu olayda ambulans servisi bakımından garantörlük kabul edilmese dahi polis bakımından garantörlüğün varlığını kabul etmek gerekmektedir. Zira güvenlik güçlerinin üçüncü kişilerin işleyecekleri suçları da önleme yükümlülükleri bulunmaktadır. Ambulans görevlileri açısından da bu olayda kamu görevlisi olmaları durumunda -garantör olmasalar dahi- TCK m. 257/2 gereğince genel nitelikte görevin ihmali suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.⁸⁴¹ Kanaatimce, bu somut olguda, olay eğer ülkemizde cereyan etmiş olsaydı, TCK m.257/2 bakımından görevi ihmal suçu işlenmiş kabul edilmeli ve sorumlular cezalandırılmalydılar.

3.2.3 Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi (TCK m.280)

Bir ülkede işlerin yolunda gitmesi, ekonomik ve sosyal kalkınmanın sağlanması kamu görevlilerinin etik düşüncesine ve ahlaki davranışına bağlıdır. Çünkü kamu görevlilerinin bozulması durumunda, görevlilerin yer aldığı toplumda bozulmaktadır. Ayrıca halkın eğitimi ve sağlığı kamu görevlilerinin gereken kamu hizmetlerini üretmesi ile sağlanabilmektedir. Toplumun sürekliliğini sağlayan adalet ve güvenlik hizmetleri yine kamu görevlileri tarafından yürütülmektedir.⁸⁴²

⁸⁴⁰ Şaban Cankat TAŞKIN 2008, age, s. 141-197.

⁸⁴¹ Hakan HAKERİ 2006, age, s. 115.

⁸⁴² Aydın USTA (2010), “Kamu Görevlisinin Etik Amaç ve Ahlaki Yükümlülüğüne Yönelik Bir Değerlendirme”, *Türk İdare Dergisi*, C. 468, s. 159-181.

3.2.3.1 TCK m.278 ve TCK m.279 Yanında TCK m.280 Hakkında Genel

Mülhaza

Suçu bildirmeme suçu (TCK m.278), Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümleri içerisinde "Adliye Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu başlık altında ceza adaletinin gerçekleşmesini engellemeye yönelik fiiller yaptırıma bağlanmıştır. Adliye karşı suçlar da kendi içinde bir tasnife tabi tutulacak olursa suçun bildirmeme suçu bir bakımdan suçlunun yargılanmaktan veya infazdan kaçmasını önlemek amacıyla ihdas edilen suçlar kapsamına girecektir. Bu suçla korunmaya çalışılan hukuki değer adliyenin faaliyetini ve fonksiyonunu yerine getirmesindeki topluma ait yararadır.⁸⁴³

TCK, "Suçu Bildirmeme, m.278", "Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.279) ve Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi (TCK m.280) şeklinde art arda üç madde sevk etmiştir.

Ceza muhakemesi, bir suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse bunun kim tarafından işlendiği ve yaptırımının ne olacağı sorununu çözüme kavuşturmak amacıyla iddia, savunma ve yargılama niteliğindeki bir dizi faaliyetin gerçekleştirilmesine denilmektedir. Bu süreç, suç işlendiği haberini alan soruşturma makamlarının işin aslını öğrenmek için harekete geçmesiyle işlemeye başlamakta, iddianamenin hazırlanıp mahkemece kabul edilmesiyle iddia ortaya konulmakta, buna karşı savunma makamı müdafaasını gerçekleştirmekte ve yargılama makamı da bunlar ışığında bir karara varmaktadır.⁸⁴⁴ Soruşturma, suç haberinin alınması ile başlar. Suç haberinin alınması yolları; kural olarak, 1) İhbar, - 2) Şikâyet, - 3) Şahsi dava, - 4) Suçun doğrudan doğruya öğrenilmesidir.⁸⁴⁵

Soruşturma mercileri bir suçun işlendiğini ya bizzat ya da ilgilinin şikâyeti üzerine veya ihbar yoluyla öğrenmektedirler. Ancak soruşturma mercilerinin çoğunlukla ihbarlar vasıtasıyla bir suçun işlendiğinden haberdar olduklarını belirtmek gerekmektedir.⁸⁴⁶ Suç işlendiğinin herhangi bir kişi tarafından yetkili makamlara (CMK m.151) bildirilmesine ihbar denir. Basında, suç işlendiği yolunda

⁸⁴³ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 943.

⁸⁴⁴ İlhan ÜZÜLMEZ (2008), "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", *İçinde, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Hukukunun Güncel Sorunları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Ankara, Birinci Baskı, s. 823-845.

⁸⁴⁵ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM (2008), *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 702.

⁸⁴⁶ İlhan ÜZÜLMEZ 2008, age, s. 823-845.

yer alan haberler de kural olarak ihbar sayılır. İhbar telefonla yapılabileceği gibi, mektup veya başka bir vasıta ile de yapılabilir.⁸⁴⁷ İhbar, suçtan zarar gören veya suçla ilgisi olmayan diğer kişiler ya da kamu makamları tarafından da yapılabilmektedir. Bir suçun işlendiğini öğrenen bireylerin yetkili makamlar nezdinde bildirimde bulunması, hukuka uygunluk nedeni olarak bir hakkın kullanımından ibarettir.⁸⁴⁸⁻⁸⁴⁹

Bu üç maddeden birincisi olan TCK m.278'de genele ilişkin bir suç tanımı yapılmaktadır. Birinci fıkrasında "İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." denilmektedir. Görüldüğü üzere, bu maddede tanımlanan suç özgü olmayan bir suçtur ve herkes tarafından işlenebilir. Buna karşılık m.279 ve m.280 ile iki ayrı özgü suç tanımlanmıştır.

İhbar yükümlülüğü, ilk olarak, işlenmekte olan suçlar (suçüstü) bakımından herkes için öngörülmüştür.

Gerçekten Türk Ceza Kanunu'nun 278. maddesine göre işlenmekte olan suçlar bakımından ihbar yükümlülüğü herkes içindir:

"(1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirme yen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. - (2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirme ı en kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır. - (3) Mağdurun on beş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır."

Bunun dışında TCK'nın 279. maddesiyle de kamu görevlileri bakımından ihbar yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre;

"(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suç 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. - (2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır."

Kamu görevlileri re'sen takip edilebilen bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı bir şekilde, yani görevin ifası sırasında öğrendikleri takdirde, yetkili

⁸⁴⁷ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2008, age, s. 702.

⁸⁴⁸ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2016, age, s. 943-944.

⁸⁴⁹ İlhan ÜZÜLMEZ 2008, age, s. 823-845.

makamlara bildirmekle yükümlü tutulmuşlardır. Son olarak, TCK m. 280 ile sağlık mesleği mensupları bakımından görevleriyle bağlantılı bir ihbar yükümlülüğü öngörülmüştür.⁸⁵⁰

3.2.3.2 Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi Suçu

Kamu görevlileri ile ilgili olmak üzere Türk Ceza Kanunu'nun sevk etmiş olduğu hüküm şu şekildedir:

“Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.279): (1) 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. (2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

[TCK m.279 Gerekçesi: Kamu görevlileri, görevlerini yaptıkları sırada ve göreve ilişkin olarak bir suçun işlendiğini öğrendiklerinde bunu yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdürler. Madde metninde, bu yükümlülüğe aykırı davranış, suç olarak tanımlanmaktadır. Suçun maddî unsuru, bildirimde bulunmak hususunda ihmalde bulunmak veya gecikme göstermektir. Ancak, bu suçun oluşabilmesi için, bildirim konusu suçun kamu görevlisinin yürüttüğü görevle bağlantılı olması gerekir. İşlenen suçun görevle bağlantısının olmaması durumunda, ihbarla ilgili genel kurallar geçerlidir.]⁸⁵¹⁻⁸⁵²

⁸⁵⁰ Age, s. 823-845.

⁸⁵¹ “... İlçe Emniyet Müdürlüğü Ekipler Amirliğinde görevli polis memuru olan sanıkların katılan ile eşini yolda kavga eder vaziyette görmelerine ve katılanın, eşinden şikayetçi olduğunu, evin içinde de şiddete maruz kaldığına dair iz, delil ve emareler bulunduğunu bildiren tespitini istemesine rağmen, sanıkların delilleri toplamadıkları ve herhangi bir adli işlem de yapmadıkları şeklinde gerçekleştiği kabul edilen eyleminin, TCK'nın 279/2. maddesinde düzenlenmiş bulunan ve görevi kötüye kullanma suçunun özel şekli niteliğindeki kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunu oluşturabileceği ve bu suça ilişkin delilleri takdir, tartışma ve davaya bakma görevinin 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kurulu, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 11. maddesi uyarınca Asliye Ceza Mahkemesinin görevi kapsamında bulunması nedeniyle görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden, karar tarihinde faaliyette bulunan Sulh Ceza Mahkemesinde yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hükümler kurulması, Kabule göre;

5271 sayılı CMK'nın 231/6-c maddesinde belirtilen zarar kavramının, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03/02/2009 tarih ve 2008/11-250 Esas, 2009/13 sayılı Kararında da kabul edildiği gibi; belirlenebilir, ölçülebilir, somut maddi zarar olup manevi nitelikteki zararı kapsamaması karşısında, incelenen dosyada, yargılamaya konu ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunda, dosyaya yansıyan ve talep edilen bir zararın bulunmadığı hususları da gözetilerek, adli sicil kaydı bulunmayan ve tekrar suç işlemeyeceği hususunda kanaate varıldığı belirtilerek hapis cezası ertelenen sanıklar hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin diğer subjektif ve objektif koşullar tartışılmadan, “...katılanın şikayetçi olduğu ve zararının aynen tazmin edilmediği, sanıkların kasıtları

Maddenin ikinci fıkrasında, failin adli kolluk görevini yapan memurlardan oluşu ağırlaştırıcı neden sayılmıştır.⁸⁵³

dikkate alınarak...” şeklindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle CMK'nın 231. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi,
Sanıkların TCK'nın 53/1-a maddesindeki hak ve yetkileri kötüye kullanmak suretiyle yüklenen suçun işledikleri kabul edilmesine rağmen, aynı Kanununun 53/5. maddesi uyarınca hak yoksunluğuna hükmedilmemesi,

Kanuna aykırı, Cumhuriyet Savcısı ile sanıklar müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321 ve 326/son maddeleri uyarınca hükümlerin BOZULMASINA, 07/06/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Y.5.CD, E: 2014/5514, K: 2016/5971, T: 07.06.2016, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeWXY!OL4PDV0w~~&=0.1565099034839994>. ET. 06.03.2022

⁸⁵² “5237 sayılı TCK'nın 279. maddesinde tanımlanan kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun oluşması için; kamu görevlisinin kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal etmesi veya bu hususta gecikme göstermesi gerekir. Bu bağlamda yaptığı görevin gereği olarak yürüttüğü faaliyetlere ilişkin suçu öğrenmesi nedeniyle anılan madde gereği ihbar yükümlülüğü doğan ve soruşturma yapacak makamlara iletilmek üzere suçu bildirmeye yetkili olan kamu görevlisinin, ilgili kamu kurumunda suçun bildirilmesi hususunda kurum içi düzenleme yapıp yapılmadığının, idari işlemlerle bildirme yükümlülüğünün bir görevliye tevdi edilip edilmediğinin araştırılması suretiyle belirlenmesi gerekir. Ayrıca kurum içi hiyerarşide her bir basamaktaki kamu görevlisinin ayrı ayrı sorumluluğu bulunmakla birlikte sorumluluğun, bildirilmesi gereken suçu öğrendiği halde bildirmeyen en üst yetkili kamu görevlisinde kalacağı kabulü gerekir.

Somut olayda sanık H'nin I... Devlet Hastanesi'nde hastane müdürü, sanık A'nın ise müdür yardımcısı olarak görev yaptıkları, 24.03.2010 tarihinde odometri odasında ve 18.03.2010 tarihinde röntgen odasında gerçekleştirilen hırsızlık olaylarının teknisyenler tarafından aynı tarihli tutanaklarla hastane baştabibine bildirildiği, baştabip olan sanık İ.N'nin 24.03.2010 tarihli yazı ile sanık A'yı olayları araştırmak için görevlendirdiği fakat yetkili makamlara ihbar etme talimatını vermediği gibi olayın soruşturulması için herhangi bir makama da bildirimde bulunmadığı, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 110. maddesinde baştabibin kuruma ait bütün işlerde muhatap ve haberleşmeye yetkili tek merci olduğunun, 147. maddesinde ise hastane müdürünün baştabipliğe bağlı olarak kurumun idari, mali ve teknik hizmetlerini kanun, tüzük, yönetmelik ve emirler uyarınca yürütmekle yükümlü ve yetkili olduğunun düzenlendiği, anılan maddeler gereğince teknisyenler tarafından tespit edilen hırsızlık olaylarının soruşturmaya yetkili makamlara bildirilmesinde başhekimin asli olarak vazifelendirildiği, somut olayda kamu adına soruşturulması gereken hırsızlık suçundan hastane başhekiminin haberdar olması karşısında hastane müdürü ve müdür yardımcısı olan sanıklara yüklenen suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, beraatları yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi,

SONUÇ: Kanuna aykırı, Cumhuriyet savcısı ile sanıkların temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı BOZULMASINA, 26.05.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Y.5.CD, E: 2014/3274, K: 2014/6568, T: 26.05.2014: Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeXO8vdCPW2zyg~~&=0.5141830388506796>. ET. 21.10.2022

⁸⁵³ “Suç tarihinde müşteki M...’nin, tanık G... ile birlikte ...istikametinden ...Caddesine yürürken 34 A 8... kod numaralı araçta görev yapan sanık A...’nin sen gel bakayım buraya diyerek seslenip çağırması üzerine müştekinin üslubun düzgün olmadığı şeklinde uyarması sonrasında, sanık A...’nin şikayetçinin yakasını tutarak tekme attığı, daha sonra diğer sanıklar M... ve M...’nin gelerek ellerindeki coplar ile müştekiye vurdukları ve akabinde şahsın ellerini kelepçelerek araç içerisine alıp yaklaşık 20-25 dakika dolaştırdıkları, bu arada her üç sanığın da şikayetçiyi araç içerisinde darp etmek suretiyle raporda belirtilen şekilde yaralamaları ve hakaret etmeleri eylemlerinin bir bütün halinde işkence suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hükümler kurulması,

2)Sanık İ... hakkında görevi kötüye kullanma suçundan kurulan hükme yönelik Cumhuriyet Savcısının temyizine gelince;

Kamu görevlileri için, bir takım bürokratik değerler ve performans standartları söz konusudur. Davranış standartları, genel olarak kamu görevlilerinin halkla gerek bireysel gerek grup olarak ilişkilerinde, saygı, doğruluk ve adalet göstermelerini gerektirir. Bu ortak standartlar, aynı zamanda kamu görevlisinin özel bir kazanç sağlamasını da yasaklar. Şöyle ki görevli, bir kişi ya da gruba avantaj sağlamak üzere, devlete ilişkin bir bilgiyi aktarmaz ya da uygun olmayan biçimde tercihli işlemde bulunamaz. Performans standarttan geniş kapsamlıdır ve profesyonel bir kamu hizmetinin sürdürüldüğü ortamda, kamusal sorunların yürütülmesinde objektiflik, etkililik, tarafsızlık ve dürüstlük gibi değerleri içerebilir.⁸⁵⁴

Herhangi bir kişi tarafından bir suçun işlenmekte olduğuna, işlenmeye devam edildiğine veya işlenmesine yönelik hazırlık yapıldığına kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak muttali olmasına rağmen, bu suçun işlenmesini önlememesi alinde ceza hukuku sorumluluğunu belirleme bir sorun oluşturmaktadır. ...Önemle belirtilmesi gerekir ki, TCK m.279'da tanımlanan suçun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak muttali olduğu suçun icrası tamamlanmış olan bir suç olması gerekir. Örneğin, sahte bir resmî belge düzenlendiğine kamu görevlisinin görevinin icrasıyla bağlantılı olarak muttali olmasına rağmen bu suçun bildirmemesi, TCK m.279'da tanımlanan suç meydana getirir.⁸⁵⁵

3.2.3.3 Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu

3.2.3.3.1 Suçla Korunan Hukuksal Yarar

TCK'da bir özgü suç olarak 280. maddede sağlık meslek mensuplarının suçun bildirmemesi hususu tanımlanmıştır. Burada doğrudan doğruya salt sağlık meslek mensuplarını alakadar eden özgü bir suç tipi ile karşılaşmaktayız.

Sanığın suç tarihinde görevli olması, polis memuru olan diğer sanıkların katilani darp etmeleri karşısında sadece uyarıda bulunması, katilani darp etmelerine engel olmaması ve olayı olduğundan farklı şekilde aktarması, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmaması eyleminin, 279/1-2 maddesinde tanımlanan kamu görevlisinin suçun bildirmemesi suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan yazılı şekilde beraat kararı verilmesi,

SONUÇ: Yasaya aykırı, Cumhuriyet Savcısı, sanıklar müdafisi ve katilani vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan hükümlerin bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince BOZULMASINA, 06.03.2014 gününde oybirliği ile karar verildi."

Y.5.CD, E: 2013/7707, K: 2014/5504, T: 06.03.2014, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeW1Sakk6tyUHQ~&=0.573003221592123>. ET. 21.10.2022

⁸⁵⁴ Aydın USTA 2010, age, s. 159-181.

⁸⁵⁵ İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 429.

“Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi (TCK m.279): (1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.”

[TCK m.280 Gereçesi: Madde, mesleklerini icra ettikleri sırada tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin öğrendikleri suçları ihbar yükümlülüklerini getirmiş bulunmaktadır. Söz konusu ihbar yükümlülüğü, madde metninde sayılan sağlık mesleği mensupları ile sınırlı değildir. Örneğin, bir tıbbi tahlil laboratuvarında görev yapan kişiler açısından da mevcuttur. Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımaktadırlar. Bu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranmaları hâlinde, yukarıdaki madde hükmü uygulanacaktır.]

Demokratik hukuk devletlerinde, işlenen suçların ortaya çıkarılmasına yönelik işlemleri kamusal organlar yapmakta; özel kişiler ise belli başlı muhakeme işlemleri haricinde bu sürecin dışında kalmaktadır. Ancak, özel kişilerin tamamen sürecin dışında bırakılması ilgili makamların çoğu suçtan haberdar olamaması ve dolayısıyla işlenen suçların bir kısmının yetkili makamlara ulaşmaması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumu göz önünde bulunduran bazı ülkeler önceden belirlenmiş şartların gerçekleşmesi durumunda bireylere işlenen suçları ihbar etme yükümlülüğü getirmektedir. Nitekim, Türk Hukuku’nda da TCK m.278 ile bütün bireylere, m.279 ile kamu görevlilerine, m.280 ile de sağlık mesleği mensuplarına suçu bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.⁸⁵⁶

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi ile korunan hukuki değer in kamu düzeni olduğuna ilişkin açıklama dikkate alındığında, bu suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir.⁸⁵⁷

İhbar, suçtan zarar gören veya suçla ilgisi olmayan diğer kişiler ya da kamu makamları tarafından da yapılabilmektedir. Bir suçun işlendiğini öğrenen bireylerin yetkili makamlar nezdinde bildirimde bulunması, hukuka uygunluk nedeni olarak bir

⁸⁵⁶ Abdülbaki GİYİK (2014), “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüklerin Çatışması”, *Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 9 (2), s. 175-214.

⁸⁵⁷ Aslı Ekin YILMAZ (2020), “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK MD.280)”, *TAÜHFD*, S. 2 (2), s. 235-282.

hakkın kullanımından ibarettir.⁸⁵⁸ Ancak, suçu bildirme yükümlülüğünün istisnasız bir mükellefiyet olarak kabul edilmesi de bazı olumsuz sonuçlara sebebiyet verebilecektir.⁸⁵⁹ Sağlık hizmetleri, günlük hayatın ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Herhangi bir sağlık kuruluşuna tedavi olmak amacıyla gittiğimizde, hayatımızın özel alanına ilişkin pek çok bilginin sağlık mesleği mensuplarıyla paylaşılacağını bilir, tedavinin gerekliliği sebebiyle bu paylaşımına rıza gösteririz. Bununla birlikte özel hayatımıza ilişkin bilgilerin sağlık kurumlarında ilgilisi dışında kimseyle paylaşılmadığını bilerek tedavi almaya devam ederiz. Ancak bazı durumlarda, bir sağlık hizmeti almak amacıyla gidilen sağlık kurumunda, bir suçun faili veya mağduru olduğumuzun açığa çıkması, devamında bir yargılamanın başlaması söz konusu olabilmektedir. Bireysel ve toplumsal yararların çatıştığı bu alanda rol oynayan düzenlemelerden birini Türk Ceza Kanunu'nun 280. maddesi oluşturmaktadır.⁸⁶⁰

Günümüzde, suç işleme oranının giderek artmasına bağlı olarak devlet, Türk Ceza Kanunu hükümlerinin denetlenmesinde ve uygulanmasında sağlık mesleği mensuplarına suçu bildirim yükümlülüğü yüklemiştir. Bunun nedeni, sağlık mesleği mensuplarının suç belirtisine rastlama olasılığının yüksek olmasıdır. Günümüzde, suç olarak nitelendirilen davranışların -çoğunluğu olmasa da- büyük kısmı hastanelere ve sağlık merkezlerine intikal etmektedir. Bu bağlamda, sağlık mesleği mensuplarının, görevlerini icra ettikleri sırada suç belirtileri ile karşılaşmaları diğer kişilere nazaran daha fazla ihtimal dahilindedir.⁸⁶¹ Bu bakımdan kanun koyucu sağlık mesleği mensuplarının, mesleklerini icra ettikleri sırada, suç işlendiğine yönelik bir belirtiyi karşılaştıklarında yetkili makamlara bildirimde bulunmalarını özel olarak düzenleme ihtiyacı duymuştur.⁸⁶²⁻⁸⁶³ TCK m.280 anlamında bildirim, CMK m.

⁸⁵⁸ İlhan ÜZÜLMEZ 2008, age, s. 823-844.

⁸⁵⁹ Abdülbaki GİYİK 2014, age, s. 175-214.

⁸⁶⁰ Aslı Ekin YILMAZ 2020, age, s. 235-282.

⁸⁶¹ Umut Emre YAĞLIDERE (2018), "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (Türk Ceza Kanunu m.280)", *Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 6 (1), s. 59-79.

⁸⁶² Abdurrahman Burak KARAHAN (2019), "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", *İçinde, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25 (2), s. 948-978, ISSN 2146-0590, DOI: 10.33433/maruhad.667619, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/909617>. ET. 10.01.2023

⁸⁶³ "Acil servis görevlisi olan ve trafik kazasında yaralanarak gelen ... ile ilgili kaydı, hasta tetkik defterine "adli vakıa" olarak oluşturup hastayı da tedavisi için cerrahi yoğun bakım servisine gönderen sanıkların, yoğun bakım ünitesinde yatmakta iken ölen ...'nin ölümünü adli mercilere bildirme görevleri bulunmadığından tebliğnamedeki düşünceye itibar olunmamıştır.

158'deki ihbar karşılığında kullanılmış değildir. Burada söz konusu olan, ihbar değil, fiilin işlenmesi veya neticenin önlenmesi amacıyla yetkililerin uyarılmasıdır.⁸⁶⁴

Suç, kanunun ikinci kitabının "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" başlıklı dördüncü kısmının "Adliyeye Karşı Suçlar" başlıklı ikinci bölümünde yer almaktadır ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun "Cürmü Haber Vermekte Zühul" başlıklı 530. maddesinin karşılığıdır. Mülga TCK'nın "Kabahatler" başlıklı üçüncü kitabının "Ammenin Nizamına Müteallik Kabahatler" başlıklı birinci babının, "Cürmü Haber Vermekte Zühul" başlıklı ikinci faslında yer alan m. 530'a göre;

*"Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları eşhas aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliyeye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda teahhur gösterirlerse bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkûm olurlar."*⁸⁶⁵

Her iki düzenleme (TCK m.280 ve Eski TCK m.530) arasında ilk olarak bildirim yükümlülüğünün kapsamına ilişkin bir farklılığın bulunduğu görülmektedir. Yeni düzenleme görevle bağlantılı bir şekilde işlendiği öğrenilen her suç için bildirim yükümlülüğü getirmişken, mülga Kanun sadece şahıslara karşı işlenmiş cürümler bakımından bildirim yükümlülüğü getirmişti. Bunun dışında mülga Kanunda sağlık mesleği mensuplarının bildirimde bulunmaları kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz bırakacak ise, ihbarda bulunmamanın suç teşkil etmeyeceği kabul edilmişti. Oysa yeni kanunda bildirim yükümlülüğü bakımından böyle bir ayırımın yapılmadığı görülmektedir.⁸⁶⁶ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre Cumhuriyet savcısının yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Sanıkların üzerine atılı suçu işlemediği sabit olduğu gerekçesiyle beraatine karar verilmiş olması karşısında, uygulama maddesinin CMK'nın 223. maddesinin 2. fıkrasının "b" bendi yerine aynı fıkranın "a" bendi olarak gösterilmesi,

Kanuna aykırı olup, hükmün bu nedenle BOZULMASINA, bu hususun yeniden yargılama yapılmaksızın CMUK'nın 322. maddesine göre düzeltilmesi mümkün bulunduğu hükümden "CMK'nun 223/2-a" ibaresinin çıkartılarak yerine "CMK'nın 223/2-b" ibaresi eklenmek suretiyle diğer yönleri usul ve kanuna uygun bulunan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA, 06.10.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

Y.16.CD, E: 2015/2673, K: 2015/3025, T: 6.10.2015, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeULTCvncax31g~~&=0.9439447209242815>. ET. 22.10.2022

⁸⁶⁴ Mustafa Ruhan ERDEM (2009), "Suçu Bildirmeme Suçu", *TBB Dergisi*, S. 80, s. 105-120.

⁸⁶⁵ Abdurrahman Burak KARAHAN 2019, age, s. 948-978.

⁸⁶⁶ İlhan ÜZÜLMEZ 2008, age, s. 823-844.

fiil karşılığında yalnızca para cezasının öngörüldüğü bir kabahat olarak düzenlenmişken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu kabahat bir suçla dönüştürülmüş, kapsamı genişletilmiş ve suç karşılığında öngörülen ceza ise hapis cezası haline gelmiştir.⁸⁶⁷

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi, adliye karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir.⁸⁶⁸ Dolayısıyla bu suçla, adliyenin fonksiyonunu icra etmesindeki yararlar korumaya alınmıştır. Adliyenin fonksiyonunu icra edebilmesi suçlardan ve faillerinden haberdar olmasına bağlıdır. Sağlık mesleği mensuplarının işlenen suçları yetkili makamlara bildirmemeleri, devletin suçla mücadelesini gereği gibi yerine getirmesini, adliyenin fonksiyonunu icra etmesini engellediği için yaptırım altına alınmaktadır.⁸⁶⁹ 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın özel hükümler kitabında, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler"e ilişkin dördüncü kısmın, "Adliye Karşı Suçlar" başlıklı ikinci bölümünde 280. maddede, sağlık mesleği mensuplarının belirli nitelikteki sırları -suç işlendiğini gösteren belirtileri-bildirmesi emredilmiştir. Dolayısıyla belirli nitelikteki sırların/kişisel verilerin açıklanması Türk Ceza Yasası'nın emridir. Bu verileri açıklayan Türk Ceza Yasası'nın emrini yerine getirmektedir. Türk Ceza Yasası kendi içinde hem kişisel verinin açıklanmamasını hem de belirli hallerde açıklanmasını emretmiş hatta açıklanmamasını ceza yaptırımı ile karşılamıştır. TCK m.136'da işaret edilen ve bu suçun hukuka uygunluk nedeninin gösterildiği "hukuk", Türk Ceza Yasası'nın kendisi olmuştur. Diğer bir söyleyişle TCK m.280, hem TCK m.136'da gösterilen suçun hukuka uygunluk nedeni, hem de bir suç özelliği göstermektedir.⁸⁷⁰

TCK, hem suç delillerini yok etme (TCK md.281) ve suçluyu kayırma (TCK md.283) gibi suçlar ile suçun öğrenilmesini engellemeye yönelik fiilleri cezalandırırken; hem de TCK md.278, md.279 ve bu çalışmanın konusu olan

⁸⁶⁷ Levent Emre ÖZGÜÇ 2019, age, s. 999–1040.

⁸⁶⁸ "Saniğe atılı sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu adliye karşı işlenen suçlardan olup korunan hukuki yararın niteliği itibarıyla suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen ve bu nedenle de davaya katılma hakkı bulunmayan ...'in davaya katılmasına ilişkin olarak verilen karar hukuki değerden yoksun olup hükmü temyiz yetkisi vermeyeceğinden, vekilinin temyiz isteminin 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 317. maddesi uyarınca (REDDİNE), oybirliğiyle karar verildi."

Y.16.CD, E: 2015/438, K: 2015/354, T: 25.03.2015, Kazancihukuk.com,

<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeUC+bj1aWpbew~&=0.42299701140671053>. ET. 23.10.2021

⁸⁶⁹ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2016, Age, s. 945.

⁸⁷⁰ Hamide ZAFER (2013), "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280)", *İÜHFİM*, S. 71 (1), s. 1327-1352.

md.280'de suç işlendiği öğrenilmesine rağmen bildirimde bulunmamaya yönelik fiilleri cezalandırmaktadır. Böylece TCK md.280'de düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu, sağlık mesleği mensuplarına, meslek sırrını koruma yükümlülüğüne istisna getiren ve özel hayatın gizliliği hakkını da sınırlayan bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁷¹ Zafer'e göre; yasa koyucu ihbar yükümlülüğü öngörerek üstün menfaati kendisi belirlemiştir. Kanaatimizce, bu durumda menfaatler arasında değerlendirme yapma imkânının sağlık mesleği mensubuna verilmesi yani sağlık mesleği mensubunun ihbar etmekle elde edilecek menfaatle ihbar yapılmamak suretiyle elde edilecek menfaati karşılaştırma imkânına sahip kılınması yerinde olurdu. Hâkim, uygulamada suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini denetlerken bu takdir yetkisinin doğru kullanılıp kullanılmadığını araştırabilir ve kötüye kullanmaları engelleyebilirdi.⁸⁷²

TCK m.280 ile korunan hukuksal değer ne olduğu konusunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre, bu suçla, bildirim yükümlülüğüne bağlı suçun tehdit ettiği hukuksal yarara yönelik ihlalin önlenmesi istenmektedir. Bu nedenle hüküm dolaylı olarak, bildirilmek suretiyle ihlali engellenebilecek olan suçu düzenleyen norm tarafından korunan hukuksal yarar koruma amacı gütmektedir. İkinci görüşe göre, suçları önleme işlevi nedeniyle adliyeyi (de) korunan hukuksal yarar içerisinde değerlendirmektedir. Üçüncü görüşe göre ise, bu suçla bireyler arası dayanışmanın korunan hukuksal yarar olduğu ifade edilmektedir. Tezcan ve arkadaşlarına göre; işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte neticelerinin sınırlandırılmasına olanak bulunan suçla korunan hukuksal yarar ne ise, bu suçla korunan öncelikli hukuksal yarar da odur. TCK'da suçu bildirmeme "adliyeye karşı suçlar" içerisinde düzenlendiği gibi, bildirim de yetkili makamlara yapılması aranmaktadır. Bu nedenle, bu suçla ikinci derecede de olsa adliyenin de korunduğunu söylemek mümkündür.⁸⁷³ Hakeri'ye göre; suçla korunan hukuksal menfaat, adliyenin korunmasıdır.⁸⁷⁴

Karahan ve Erbaş'ın ayrı ayrı ifade ettiklerine göre; sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçuyla; adliyenin faaliyet ve fonksiyonlarının sağlıklı bir şekilde icrasındaki toplumsal yarar dışında yetkili makamlara bildirilmesi

⁸⁷¹ Aslı Ekin YILMAZ 2020, age, s. 235-282.

⁸⁷² Hamide ZAFER 2013, age, s. 1327-1352.

⁸⁷³ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 1087.

⁸⁷⁴ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 962.

gereken suçla korunan hukuki değerin de korunduğu ileri sürülebilir.⁸⁷⁵⁻⁸⁷⁶ Sözelimi; bir hekim karın ağrısı şikâyetiyle gelen on üç yaşındaki kız çocuğunun, hamile olduğunu teşhis eder ve yetkili makamlara cinsel istismar suçunun işlendiğine dair bildirimde bulunursa; bu durumda adli makamlar suçtan haberdar olacağı için hem adliyenin faaliyet ve fonksiyonlarının sağlıklı bir şekilde icrasındaki toplumsal yarar hem de cinsel istismarda bulunan kişi yapılan bildirim üzerine cezalandırılacağı için çocuğun cinsel dokunulmazlığı korunmuş olacaktır.⁸⁷⁷ Özgüç ise şöyle demektedir: Kimi durumlarda sağlık mesleği mensubunun henüz işlenmesi devam etmekte veya tamamlanmış ama sona ermemiş suçları bildirmesi ve böylece bildirimde konu suçun engellenmesi mümkündür. Bu gibi durumlarda TCK m.280'in bildirim konusu suçla aynı hukuksal değeri koruma altına aldığı doğrudur. Örneğin sürmekte olan bir kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması suçunu öğrenen hekimin bildirimini üzerine kurtarılan kişinin hürriyeti bildirim ile korunmuştur. Ancak daha çok karşılaşılabilecek durum hekimin bildirdiği suçun zaten sona ermiş olmasıdır. Böylesi durumlarda ise bildirim konusu suçun koruduğu hukuksal değer zaten ihlal edilmiştir. Yine aynı örnek düşünülürse, kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması suçu sona ermişse bu suçla ilişkin bildirim ile kişi hürriyetinin bildirimini korunması olası görünmemektedir. Benzer şekilde, TCK m.280'in işlenmekte veya tamamlanmış olan suçlara ilişkin bir bildirim yükümlülüğü ortaya koyduğu, buna karşılık yükümlülüğün hazırlık aşamasında olan yani icrasına henüz başlanmamış suçlar açısından bulunmadığına dikkat edilmelidir. Bu durum da suç ile korunan hukuksal değerin işlenmesi planlanan veya işlenmek için hazırlanan suçla aynı hukuksal değer olmadığını gösterir. Bu sebeplerle bildirim konusu suçla bildirmeme suçunun koruduğu hukuksal değerlerin çoğu zaman birbirinden ayrıştığını kabul etmek gerekecektir. TCK m.280 ile suçların cezasız kalmaması, soruşturma ve kovuşturmanın mümkün olan en etkili şekilde yapılması, adli makamların suçla ilişkin delil teşkil edebilecek belirti ve emarelerden haberdar edilmesi yoluyla cezaların konmasındaki amacın gerçekleştirilebilmesi ve kamu düzeninin sağlanması hedefleri güdülmektedir. Bu hedeflere ulaşılabilmesi adına, suç ile devletin etkili

⁸⁷⁵ Abdurrahman Burak KARAHAN 2019, age, s. 948-978.

⁸⁷⁶ Rahime ERBAŞ (2012), *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, s. 107-108.

⁸⁷⁷ Abdurrahman Burak KARAHAN 2019, age, s. 948-978.

soruşturma yükümlülüğü çerçevesinde adli fonksiyonların etkililiği değerinin korunduğunu söylemek doğru olacaktır.⁸⁷⁸

3.2.3.3.2 Suçun Maddi Unsuru (Tipikliğin Objektif Unsuru)

TCK m.280’de sağlık mesleği mensubuna görevi sırasında belirtisiyle karşılaştığı suçu bildirmesi emredilmiştir. Bu suçta bildirim yükümlülüğünün konusunu oluşturan, yani hüküm tarafından yapılması emredilen fiilin yöneldiği şey, bildirilmesi gereken suçtur. Bu sebeple TCK m.280’in konusunun belirtilerin işaret ettiği ve sağlık mesleği mensubunun yetkili makamlara bildirmesi gereken suç olduğunu kabul etmek gerekir.⁸⁷⁹ Sağlık mesleği mensubu görevini yerine getirdiği sırada suç işlendiğine ilişkin bir “belirti” ile karşılaşması durumunda bildirimde bulunmakla yükümlü kılınmıştır. Genel anlamıyla belirti; bir olayın veya durumun anlaşılmasına yardım eden şeydir. Sözlüğe göre “belirti” şöyle tanımlanmaktadır: “Bir olayın ya da durumun varlığını gösteren, onu doğal olarak içeren ve onun anlaşılmasına yardım eden, anlaşılmasını sağlayan şey.”⁸⁸⁰ TCK’da belirti kavramı tanımlanmamıştır. Ceza hukuku boyutuyla belirti kavramından ne anlaşılması gerektiğini ceza muhakemesi hukuku bağlamında tanımlayabiliriz. Ceza muhakemesi hukukunda deliller; belgeler, beyanlar ve belirtiler olarak sınıflandırılmaktadır. Tezcan, Erdem, Önok’a göre; belirtiler, olaydan geriye kalan her türlü iz ve eserdir. Bu itibarla, suçun işlendiğini belirtiden değil de söz gelimi başvuran kişinin beyanı üzerine öğrenmiş olan sağlık mesleği mensubunun bu kanun maddesinden kaynaklanan bir bildirim yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır.⁸⁸¹ Üzülmez ise şöyle demektedir: “Sağlık mesleği mensubu bir suçun işlendiğini belirtilerden değil de hastasının beyanından öğrendiği hallerde sağlık mesleği mensubunun suçu bildirme yükümlülüğü olmadığı sonucuna varmaktadır. Buna göre hastası tarafından adam öldürdüğü beyanı ile karşı karşıya kalan bir psikiyatristin bu beyan nedeniyle suçu bildirme yükümlülüğü olamayacaktır. Zira burada öğrenilen suç, bir belirtiyeye değil; hastanın beyanında dayanmaktadır. Ancak böyle bir durumda yazara göre psikiyatr, işlenmiş bir suçu ihbar etme hakkına dayanarak kendiliğinden yetkili

⁸⁷⁸ Levent Emre ÖZGÜÇ 2019, age, s. 999–1040, <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0016>. ET. 23.10.2021

⁸⁷⁹ Levent Emre ÖZGÜÇ 2019, age, s. 999–1040.

⁸⁸⁰ Ali PÜSKÜLLÜOĞLU 2004a, age, s. 201-202.

⁸⁸¹ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 1275.

mercilere bildirimde bulunulabilecektir.”⁸⁸² Bu konuda Ünver farklı düşünmektedir. Ona göre; önemli olan, sağlık personelinin görevinin icrası nedeniyle bu belirtiliyle karşılaşmış olmasıdır. Bu özellikle psikiyatri uzmanının bir cerrahi ameliye yapmadığı göz önünde tutulduğunda, daha da önemli olmaktadır. O nedenle, hastayı dinlemek ve hastanın beyanlarını değerlendirmek bir psikiyatri uzmanının görevinin icrası olduğu için, hastanın beyanlarıyla öğrense dahi (-ki esasen psikiyatrlar genelde bu şekilde öğrenir), bunu bildirim yükümlülüğü vardır; bu yükümlülük için hekimin muayene sonucunda bir iz-belirti tespiti gerekmez. Psikiyatrlar açısından bir istisna veya bildirim yükümlülüğünde bir sınırlama getirilmek isteniyorsa, bu kanun metnine rağmen yapılacak bir yorumla değil, Alman Ceza Kanunu’nda olduğu gibi kanuni düzenlemeyle yapılmalıdır.⁸⁸³ Bahsi geçen hususta kanaatimiz Ünver ile aynı yöndedir.

Sağlık mensubu kişinin işlendiğine muttali olduğu suç bakımından hastanın mağdur veya şüpheli olması, TCK’nın 280. maddesinde tanımlanan suçun oluşması bakımında büyük bir önem taşımaktadır. Sağlık mesleği mensubu kişinin göreviyle bağlantılı olarak muttali olduğu suçun, teşhis ve tedavi amacıyla sağlık kuruluşuna başvuran kişinin mağdur edildiği bir suç olması durumunda, bildirim yükümlülüğünün varlığı tartışmasızdır. Bu durumla ilgili olarak birinci ihtimalde, kişinin sağlığı kendisine karşı işlenen bir suç nedeniyle bozulur ve tedavi edilmek için bir sağlık kuruluşuna başvurur. Dikkat edilmelidir ki, bu ihtimalde, kişinin sağlığı, mağduru olduğu suç nedeniyle bozulmuştur; kişi, mağduru olduğu suç nedeniyle kendine tıbbi müdahalede bulunulmasına ihtiyaç duymuştur. Örneğin gerekli tetkik ve kontroller için hastaneye götürülen hamilenin henüz on beş yaşını ikmal etmemiş bir çocuk olması durumunda; tedavisini yapan tabip, suçu takibe yetkili mercilere bildirimde bulunmak yükümlülüğü altına girmektedir. Çünkü henüz on beş yaşını doldurmamış olan bir çocukla rızası olsa bile cinsel ilişkide bulunmak, çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturmaktadır (TCK, m. 103). Diğer bir ihtimalde, kişi yaralı olarak bir sağlık kuruluşuna başvurur. Bu durumda kişiye karşı kasten yaralama suçunun işlenmesi, kasten öldürme suçuna teşebbüs edilmesi veya kişinin taksirle yaralanmasına sebebiyet verilmesi ihtimallerini göz önünde bulundurmak gerekir. Bütün bu ihtimallerde yaralanan kişi suçun mağduru konumundadır. Üçüncü

⁸⁸² İlhan ÜZÜLMEZ 2008, age, s. 823-844.

⁸⁸³ Yener ÜNVER (2012), *Adliye Karşı Suçlar*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 335-336.

bir ihtimalde, herhangi bir sebeple sağlığı bozulan kişi, bir sağlık kuruluşuna başvurur; teşhis ve tedavi amacına yönelik tıbbi müdahale sırasında kendisine karşı bir suçun işlendiği öğrenilir. Dikkat edilmelidir ki, bu ihtimalde, kişinin sağlığı mağduru olduğu suç nedeniyle bozulmamıştır; kişi, sair bir sebeple sağlığı bozulduğu için kendisine tıbbi müdahalede bulunulmasına ihtiyaç duymuştur. Örneğin hamileliği dolayısıyla gerekli tetkik ve kontroller için hastaneye başvuran kişinin vücudunda ekimozların olduğu ve bunların maruz kaldığı eziyet ve kötü muamelenin sonucunda oluştuğu anlaşıldığında, suçu takibe yetkili mercilerin durumdan haberdar edilmesi gerekmektedir. Dördüncü ihtimalde ise, bulaşıcı bir hastalık nedeniyle tedavi amacıyla sağlık kuruluşuna başvuran kişinin fuhşa sürüklenen birisi olduğu anlaşılır. Bu durumda suçu takibe yetkili makamlara bilgi verilmesi gerekmektedir. Çünkü fuhşa sürüklenen kişi, yaşı ne olursa olsun, yeni TCK'nın sisteminde, fuhş suçunun mağduru olarak kabul edilmiştir (m. 227).⁸⁸⁴

TCK'nın 280. maddesine göre sağlık mesleği mensuplarının planlanan suçları bildirim yükümlülüğu bulunmamaktadır. Örneğin bir kişi psikoloğa giderek bir kişiyi öldürmek amacıyla yaptığı planlardan bahsetse ya da kamuya açık bir alana bir bomba yerleştirdiğini söylese 280. madde bağlamında psikoloğun suçu bildirme yükümlülüğu bulunmamaktadır. Suçun işlenmesi ile hukuki değerlerin ihlal edildiği ya da işlenmeye devam eden suçlar bakımından hukuki değerlerin ihlalinin devam ettiği suçları bildirmeyi öngören düzenleme, henüz ihlal edilmemiş ve ihlal tehlikesi ile karşı karşıya kalan hukuki değerlerin ihlalinin engellemeye yönelik herhangi bir bildirim yükümlülüğünün olmaması eleştiriye açıktır.⁸⁸⁵ Suç işlendiğine ilişkin "belirti" ile karşılaşılması halinde bildirim yükümlülüğünün aşırı geniş bir alan oluşturduğunu düşünen Toroslu'ya göre; 280. maddede bildirim yükümlülüğünün doğması için "bir belirti" aranması çok hafif bir şüpheyi dahi yeterli gördüğu anlamına gelir. Fakat sağlık mesleği mensuplarının sorumluluğunu bu şekilde genişletilmesi, bu kişilerin iftira ve hakaret suçlarıyla dahi karşı karşıya kalma tehlikesi ile karşı karşıya bırakmaktadır.⁸⁸⁶ Kabahatler, disiplin cezaları, sözleşmeye

⁸⁸⁴ İzzet ÖZGENÇ (2022), "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları", *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Platformu*, <https://www.sdplatform.com/Dergi/169/Saglik-meslegi-mensuplarinin-sucu-bildirme-yukumlulugunun-kapsam-ve-sinirlari.aspx>. ET. 05.03.2022

⁸⁸⁵ Rahime ERBAŞ 2012, age, s. 118.

⁸⁸⁶ Nevzat TOROSLU 2007, age, s. 333.

aykırılıklar, haksız fiiller bildirim kapsamında değildir.⁸⁸⁷⁻⁸⁸⁸ Hakeri'ye göre; hastanın üzerinde silah çıktığı durumlarda da silahın ruhsatlı olduğu konusunda tereddüt hasıl olursa, yine kolluğa bildirilmesi gerekir. Hastanın üzerinde uyuşturucu madde çıktığında da kesinlikle imha edilmeden kolluğa haber vermek zorunludur.⁸⁸⁹

Sağlık mesleği mensuplarının hastalarıyla sağlıklı bir ilişki kurabilmesi için, hastaların görevlilere güvenmesi gerekir. Zira hekime veya tedavisiyle ilgilenen diğer sağlık mesleği mensubuna sır olarak kabul edilebilecek açılmalarda bulunan kişinin, açıkladığı bu bilginin korunması yönündeki inancının tam olması gerekmektedir.⁸⁹⁰

Özgenç'e göre; sağlık mesleği mensubu kişinin işlendiğini öğrendiği suçun, teşhis ve tedavi amacıyla sağlık kuruluşuna başvuran kişinin şüpheli olarak soruşturulmasını gerektiren bir suç niteliğini taşıması halinde çeşitli sorunlarla karşı karşıya kalınmaktadır. Bunlardan birincisi, hastanın uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandığının anlaşılmasıdır.⁸⁹¹ Uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin kötü amaçla kullanımı, bu maddelerin bağımlılık yapıcı özellikleri ve bağımlılık halinin kişide yol açtığı tıbbi, içtimai ve iktisadi sorunlar bir bütün olarak ele alındığında bu meselenin gerek Türkiye ve gerekse bütün dünya ülkeleri bakımından önemli bir mesele olduğu ifade edilebilir. Yeni TCK öncesi dönemde ve bahsi geçen kanunun hazırlanması sürecinde, salt uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak fiilinin suç olarak ihdas edilip edilmemesi gerektiği konusu esasen uzunca bir süre tartışılmıştır. İlk bu tip maddeleri kullanmak eyleminin ceza değil de ancak denetimli serbestlik tedbiri gerektiren bir fiil olarak kabul edilmesi gerektiği kararlaştırılmıştır. Bu itibarla, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak fiili, TCK m.191 hükmünün ilk halinde açıkça suç sayılır bir hareket olarak düzenlenmemiş idi. Ancak, uygulamada, Yargıtay kararları doğrultusunda, kişinin salt uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma şeklinde olan eylemi, bu kimsenin söz konusu bu maddeyi kullanmadan önce onu satın almış, buldurmuş veya kabul etmiş olacağı düşüncesine dayanarak, TCK m.191 dahilinde suç olarak değerlendirilmiştir. Bu durumdan hareketle, 18.06.2014 gün ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik

⁸⁸⁷ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 1275.

⁸⁸⁸ Nebahat KAYAER (2000), "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğünün İstisnaları", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 15 (170), s. 2032-2048.

⁸⁸⁹ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 964.

⁸⁹⁰ Abdülbaki GİYİK 2014, age, s. 175-214.

⁸⁹¹ İzzet ÖZGENÇ 2022, age.

Yapılmasına Dair Kanun'un 68. maddesi ile madde yeniden düzenlenmiş ve başlığı; “Kullanmak için uyuşturucu ve uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak”⁸⁹² şeklinde kaleme alınmıştır. Bu düzenleme ile uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak da açıkça suç sayılan bir fiil olarak kabul edilmiş olmaktadır. Buna göre; kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden, bulunduranın yanı sıra, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kimselerin de iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması söz konusudur.

Bu suç, diğer uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarından farklı olarak, düzenlendiği yer itibariyle genel sağlığı korumaya yönelik olmasının yanında bireyin sağlığını da doğrudan koruma altına almıştır.⁸⁹³ Mevzubahis suçu işleyen kişi genel itibarıyla toplum sağlığını tehdit emekte ise de öncelikle aslında kendi sağlığını kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Kanun koyucu bu amaçla uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişilerin öncelikle tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulmasını, tedavi olmayı kabul etmesi ve tedavi olması durumunda da bu halinin etkin pişmanlık olarak değerlendirileceğini hüküm altına almıştır.⁸⁹⁴ Mahkeme, “uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, (uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kullanmak üzere satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçundan dolayı cezaya hükmeden önce) tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik

⁸⁹² MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2022): “TCK Madde 191- (Değişik: 18/6/2014 – 6545/68 md.)

(1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçtan dolayı başlatılan soruşturmada şüpheli hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın, beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir. Cumhuriyet savcısı, bu durumda şüpheliyi, erteleme süresi zarfında kendisine yüklenen yükümlülüklerle uygun davranmadığı veya yasakları ihlal ettiği takdirde kendisi bakımından ortaya çıkabilecek sonuçlar konusunda uyarır.

(3) Erteleme süresi zarfında şüpheli hakkında asgari bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanır. Bu süre Cumhuriyet savcısının kararı ile üçer aylık sürelerle en fazla bir yıl daha uzatılabilir. Hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen kişi, gerek görülmesi hâlinde denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye tabi tutulabilir...”

<https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>. ET.

17.12.2022

⁸⁹³ Fatma KARAKAŞ-DOĞAN (2015), *Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları*, Legal Yayıncılık, İstanbul, s. 280.

⁸⁹⁴ Hüseyin TURAL ve Osman KODAL (2019), “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçları Yönünden Kamu Görevlisi ile Sağlık Meslek Mensuplarının Suçu Bildirmemesine Yönelik Düzenlemenin Etkin Pişmanlık Kurumuna Etkisi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7 (13), s. 501-522.

tedbirine karar” verecektir (m. 191, f. 2).⁸⁹⁵⁻⁸⁹⁶ Kanunda gösterilen bazı suçların bütün unsurlarıyla tamamlanmasından sonra failin bazı pişmanlık gösteren hareketler yapması durumunda, bu hareketler dolayısıyla faile ceza verilmemesini veya cezasında indirim yapılmasını ifade eden kuruma etkin pişmanlık (faal nedamet, faal pişmanlık), denir.⁸⁹⁷⁻⁸⁹⁸ Etkin pişmanlık, gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünüm şekli olarak nitelendirilebilir.⁸⁹⁹ TCK’da etkin pişmanlık, iki temel unsur bünyesinde taşır. Birincisi, failin işlediği suçtan pişmanlık duyması, ikincisi ise suçun olumsuz etkilerini giderici aktif bir tutum takınmasıdır. Bu aktif tutum değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlar; suçla mücadelede etkin bir iş birliği sağlama, bilgi vererek suçun aydınlatılmasına katkı sağlama ve resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmeyi istemedir.⁹⁰⁰ Bu düzenlemeye göre eğer 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 kuruluşlarından birisine başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, hakkında herhangi bir cezaya hükmolunmayacaktır. Kanuni düzenlemeye bakıldığında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için bazı şartların birlikte gerçekleşmiş olması aranır. İlk olarak kullanmak amacıyla uyuşturucu ve uyarıcı madde satın almak, kabul etmek ve bulundurmak suçunun işlenmiş olması gerekir. İkinci olarak bu suçu işleyen failin kendisi tarafından başvurunun yapılmış olması aranır. Üçüncü olarak başvurunun resmi makamlara ya da bir sağlık kuruluşuna yapılmış olması gerekir. Dördüncü olarak başvurunun tedavi olmak amacıyla yönelik olması ve son olarak herhangi bir soruşturma açılmadan bir başka ifadeyle uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında bir soruşturma başlatılmadan

⁸⁹⁵ İzzet ÖZGENÇ 2022, age

⁸⁹⁶ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2022), TCK m.192/4. “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. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/16 md.) Bu durumda kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279 uncu ve 280 inci maddeler uyarınca suç u bildirme yükümlülüğü doğmaz.”
<https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>. ET.

16.12.2022

⁸⁹⁷ İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 97.

⁸⁹⁸ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 523.

⁸⁹⁹ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 443.

⁹⁰⁰ Yasemin BABA (2013), Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık. 1. Baskı, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, *On İki Levha Yayınları*, İstanbul, s. 22.

önce bu başvurunun yapılmış olması gerekir.⁹⁰¹ Son şekli ile 5237 sayılı TCK'nın 192/4. maddesi, 765 sayılı TCK'nın 404/3. maddesi⁹⁰²⁻⁹⁰³ ile benzer nitelik göstermektedir. Her iki kanun maddesinin konuluş amacı da suça konu bu maddeleri kullanan faillerin tedavilerinin gecikmesini veya tedavi edilmemelerini önlemek olarak belirtilmiştir.

Kanun koyucu, bu düzenlemeden daha iyi bir sonuç alınabilmesi ve bu suçla daha etkin bir şekilde mücadele edilebilmesi için bunu destekleyici mahiyette bir kural daha kabul etmiştir. 24/11/2016 tarihinde kabul edilen bu düzenleme ise 6763 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle TCK'nın 192. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen cümledir. Bu cümleye göre tedavi olmak isteyen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin, hakkında bir soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, bu tedaviyi yapan kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirme yükümlülüğü doğmayacaktır.⁹⁰⁴

⁹⁰¹ Hüseyin TURAL ve Osman KODAL (2019), Age, s. 501-522.

⁹⁰² TÜRK HUKUK SİTESİ (2022a), 765 sayılı (Eski) Türk Ceza Kanunu-Mülga MADDE 404 (DEĞİŞİK MADDE, 06.06.1991 - 3756/7 md), [765 S.lı \(Eski\) Türk Ceza Kanunu - Mülga MADDE 404 - MADDE 404 şerhleri \(turkhukuk sitesi.com\)](https://www.turkhukuk sitesi.com). ET. 01.12.2022

1. Özel bir yer sağlayarak veya başka suretle bir kimsenin uyuşturucu madde kullanmasını kolaylaştıranlar ile bu maddeleri on sekiz yaşını bitirmeyen küçüklere veya aklen malullere veya müptela olan kişilere verenler hakkında 403. maddenin 5 ve 6 numaralı fıkralarında yazılı cezalar altında biri oranında artırılarak hükmolunur.

2. Uyuşturucu maddeleri kullananlar ile bu maksatla yanında bulunduranlara, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

3. Uyuşturucu madde kullanan kimse, hakkında herhangi bir tahkikata girişilmeden resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini isteyecek olursa, kullanma filinden dolayı hakkında kovuşturma yapılmaz.

4. Uyuşturucu maddeleri kullanan kimselerin alışkanlığı iptila derecesinde ise, salahı tıbben anlaşılincaya kadar bir hastanede muhafaza ve tedavisine hükmolunur. Bu kimselerin hastanede muhafaza ve tedavilerine, yetkili mahkemece tahkikatın her safhasında da karar verilebilir. <https://www.turkhukuk sitesi.com/mevzuat.php?mid=8567>. ET. 17.12.2022

765 sayılı TCK'nın 404/3. maddesine ilişkin hükümet gerekçesinde, hükmün konuluş amacı şu şekilde ifade edilmişti: "Meri hükümlerimize göre uyuşturucu kullanan kişi alışkanlığından veya iptila durumundan kurtulmak için gönüllü olarak tedavisini istediğinde Tedavi Kurumları Kanunu'nun 235 ve 530. madde hükümleri karşısında bu isteği kabul etmemekte veya insancıl mülahazalarla kabul etmeleri halinde suçlu duruma düşmekte ve uyuşturucu madde kullananı da 404. maddenin cezai hükmü beklemektedir. Bu durum, uyuşturucu kullanımı dolayısıyla esasında hasta olan kişilerin tedavilerinde gecikme olması veya hiç tedavi edilmemeleri sonucunu doğurmaktadır. Kanunumuzun katı yaklaşımının daha makul ölçülere ve uluslararası uygulamaya paralellik sağlayacak şekle getirilmesi gerekmektedir."

⁹⁰³ Hüseyin Özgür SEVİMLİ (2019), *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, s. 226.

⁹⁰⁴ Hüseyin TURAL ve Osman KODAL 2019, age, s. 501-522.

Kamu görevlilerinin veya sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirme yükümlülüğünün bulunması nedeniyle uyuşturucu veya uyarıcı madde kullananların bir adli takibatla karşı karşıya kalma endişesiyle tedavi olmaktan kaçınmaları olağandır. Zira bu usule başvurduğunda aslında kişi kendi kendini ihbar eder konumunda olmaktadır. Yine bir tarafta tedavi olmak isteyen kişi, diğer tarafta bunu tedavi etmek zorunda olan sağlık mesleği mensubunun diğer bir zorunlu olduğu suçu bildirme durumu, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişiler ile sağlık mesleği mensupları arasında bir güvensizliğin oluşmasına neden olmaktadır. Bu tereddütleri ve sorunları gidermek için kanun koyucu TCK'nın "Etkin pişmanlık" başlıklı 192. maddesinin dördüncü fıkrasına 6763 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle "Bu durumda kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279 uncu ve 280 inci maddeler uyarınca suçu bildirme yükümlülüğü doğmaz" şeklinde bir cümle eklemiştir.⁹⁰⁵⁻⁹⁰⁶⁻⁹⁰⁷ Madde gerekçesinde TCK'da bulunan suçu bildirme yükümlülüğünün bu suçlarda tedaviyi zorlaştırdığı ve aynı zamanda hasta hekim arasındaki güven ilişkisini zedelediği şu şekilde ifade edilmiştir. "... Kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının işlendiğini öğrendikleri suçları ihbar etme yükümlülüklerinin bulunması ve bu yükümlülüğe uymayanlar hakkında, statülerine göre 5237 sayılı TCK m.279 veya m.280 uyarınca soruşturma ve kovuşturma yapılması, uyuşturucu kullananların, özellikle bağımlıların tedavi olmak için resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına bizzat müracaat ederek tedavi yolunu seçmelerinin engellemektedir. Ayrıca, sağlık mesleği mensuplarının, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişiler bakımından varlığı kabul edilen ihbar yükümlülükleri dolayısıyla hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisi zedelenmektedir." Hakikaten uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan bir kişi, tedavi olmak üzere resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurduğunda, oradaki yetkilinin kendisini ihbar edeceğini ve neticede bir cezai müeyyide ile karşılaşacağını düşündüğünde tedavi olmaktan vaz geçebilecektir. İlgili sağlık kuruluşuna hiç gitmemesi dahi olasıdır. Devletin uyuşturucu ile mücadele konusunda yükümlülüğü olduğu noktasından yola çıkarak, Anayasa Mahkemesi de bu yasal düzenlemenin uyuşturucu madde suçlarıyla savaş noktasında temas ettiği yönleri kapsamlı şekilde

⁹⁰⁵ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 818.

⁹⁰⁶ Hüseyin TURAL ve Osman KODAL 2019, age, s. 501-522.

⁹⁰⁷ Afranur ATEŞ ve Faruk AŞICIOĞLU (2019), "Uyuşturucu Madde Suistimalinde Hekimlerin İhbar Yükümlülüğü", *Türkiye Klinikleri J Foren Sci Leg Med. S.* 16 (1), s. 70-72.

değerlendirerek getirilmiş olan bu kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.⁹⁰⁸

Ateş ve Aşıcıoğlu bu konuda farklı bir noktaya değinmektedirler. Onlara göre; maddenin lafzi yorumundan hareketle, suçu bildirim yükümlülüğünün sadece fail tarafından “Uyuşturucu madde tedavisi amacıyla”, “bizzat” sağlık kuruluşuna başvurulduğu durumda kaldırıldığı söylenebilmektedir. Bu durum, madde kullanıcılarının, kullanımdan kaynaklanan kalp ritim bozukluğu, tansiyonda ciddi yükseliş veya düşüşler, hepatit, HIV ve benzeri viral hastalıklar gibi ikincil sağlık sorunlarının tedavisi amacıyla sağlık kuruluşuna başvurmalarının önünde engel olarak ortaya çıkmakta ve bireyler anayasal temele dayanan sağlık hizmetine ulaşma hakkından sarfınazar edebilmektedir. Yasanın mevcut halinin sağlık meslek mensubu tarafından, sıklıkla, eşlik eden klinik tablolarla hastaneye başvuran madde kullanıcısının ihbar edilmesi gerektiği şeklinde yorumlandığı gözlenmektedir. Ateş ve Aşıcıoğlu'nun önerisi mealen şöyledir: Madde metninde “Uyuşturucu madde kullanımının yol açtığı ikincil sağlık sorunlarının tedavisi sırasında, uyuşturucu veya uyarıcı madde saptanması ve hekimin yaptığı yönlendirme sonucu kişinin uyuşturucu madde tedavisini kabul etmesi halinde de sağlık meslek mensuplarının suçu bildirim yükümlülüğünün doğmayacağı anlamını taşıyacak bir düzenleme yapılmalıdır”, demektedirler.⁹⁰⁹ Bu görüşe katılmadığımı belirtmeliyim. Mevcut kanun maddesi, uyuşturucu kullanımı ile ilgili olarak etkin pişmanlık gösterme halini düzenleyerek bir çeşit “cezayı kaldıran şahsi sebep”⁹¹⁰ teşkil etmektedir ve kanaatimce uyuşturucu kullanan kişinin bu durumdan pişmanlık duyarak sağlık kuruluşuna bizzat başvurması halinde geçerlilik taşımaktadır ki bu haliyle maksada uygundur. Oysa, yazarlar tarafından önerilen düzenlemede, birincisi, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıcısı tarafından ortaya konulan bir etkin pişmanlık durumu yoktur. İkincisi, hekimin hastadan tam bir öykü almak yerine bundan imtina etmesi gibi bir durum ilgili mevzuat gereğince hekimin vazifesini yerine getirme bağlamında eksikliğin olduğu anlamına gelir ki hukuken hekim hastanın öyküsünü daima eksiksiz almalıdır. Üçüncüsü, kişinin, ikincil sağlık sorunlarının tanı ve tedavisi aşamasında da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımından kurtulmayı gönüllülikle beyan etmesi her zaman için mümkündür.

⁹⁰⁸ Hüseyin TURAL ve Osman KODAL 2019, age, s. 501-522.

⁹⁰⁹ Afranur ATEŞ ve Faruk AŞICIOĞLU 2019, age, s. 70-72.

⁹¹⁰ İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 569.

24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, failin “resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini” istemesi aranmıştı; şimdi ise sağlık kuruluşlarına başvurmanın da yeterli olduğu açıkça düzenlenmiştir. ...Öte yandan, etkin pişmanlığın söz konusu olması için aranan diğer bir koşul, başvurunun “remi mercilere” veya “sağlık kuruluşlarına” yapılmasıdır. Resmi mercilerden maksat, mutlaka resmi sağlık kuruluşları değildir. Savcılığa veya kolluğa yapılan başvuru durumunda da bu hüküm uygulanmalıdır. Sağlık kuruluşları arasında da “resmi” ya da “özel” ayrımı yapılmamıştır.⁹¹¹ TCK'nın 192/4. maddesinin son hali dikkate alındığında, tedavi olmak isteyen failin özel sağlık kuruluşlarına başvurması da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmayacaktır. Buna göre failin tedavi olma isteğiyle özel hastaneler, özel poliklinikler ve özel üniversite hastaneler gibi sağlık kuruluşlarına başvuru yapması da mümkün hale gelmiştir.⁹¹²

Özgenç'e göre; sağlık mesleği mensubu kişinin işlendiğini öğrendiği suçun, teşhis ve bir suç niteliğini taşıması hali ile ilgili ikinci bir ihtimal olarak, hamile bir kadının ilkel yöntemlerle çocuğunun düşürtülmesi veya çocuğunu düşürmesi sebebiyle kanamalı olarak sağlık kuruluşuna başvurması durumu akla gelebilir. Bilindiği üzere, TCK'nın sisteminde, gebelik süresi on haftayı doldurmuş olsun veya olmasın, yetkili olmayan kişi tarafından kürtajın gerçekleştirilmesi fiili, suç olarak tanımlanmıştır (m. 99, f. 5). Keza, “gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi”, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır (TCK, m. 100). İlkel yöntemlerle çocuğun düşürüldüğü bir olayda ceza sorumluluğunu gerektiren bir yönün varlığı tartışmasız bir gerçektir. Bu gibi durumların gizli kalması, gebeliği sona erdirilen kadının dışında başka kişilerin de ceza yaptırımından kurtulması ile neticelenebilecektir. Bu sakıncanın giderilebilmesi için, bu durumda sağlık mesleği mensubu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğünün varlığını kabul etmek gerektiği düşünülebilir. Üçüncü bir ihtimal olarak şöyle bir örnek düşünülebilir: Henüz on beş yaşını doldurmamış çocuğuyla ensest ilişkiye girmek (fücur) suretiyle çocuğun cinsel istismarı suçunu (TCK, m. 103) işleyen baba, duyduğu “vicdan azabı”, geçirdiği psikolojik bunalım dolayısıyla tedavi amacıyla başvurduğu psikiyatri uzmanına olayı anlatır ve tabip, hastanın işlediği bir suçu göreviyle bağlantılı olarak öğrenmiş olur. Psikiyatri uzmanı tabip, bu gibi durumlarda hastasına tedavi amacına yönelik olarak

⁹¹¹ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 941.

⁹¹² Hüseyin Özgür SEVİMLİ 2019, age, s. 233.

gerekli tıbbi müdahalede bulunacaktır. Ancak, bu yükümlülüğün yanı sıra, psikiyatri uzmanının hastasının işlemiş olduğu cinsel istismar suçunu ihbar etmekle yükümlü olup olmadığı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bütün bu durumlarda, başta tabip olmak üzere tedavide görev alan ve bu nedenle tanıklığına başvurulmuş sağlık mesleği mensubu kişilerin Ceza Muhakemesi Kanununun aleyhe tanıklık yapmama yükümlülüğüne ilişkin hükümlerine (m. 46) istinaden tanıklık yapmaktan çekinmeleri söz konusu olacaktır. Bu bakımdan, aleyhe tanıklık yapmama yükümlülüğünün mevcut olduğu durumlarda suçu bildirme yükümlülüğünün varlığından söz edilemez. CMK'nın 46. maddesindeki aleyhe tanıklık yapmama yükümlülüğü, TCK'nın 280. maddesindeki suçu bildirmeme suçu bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olarak telakki edilmek gerekecektir.⁹¹³

Üzülmez'e göre; sağlık mesleği mensuplarının suçları bildirmemesini yaptırım altına alan bu düzenlemenin "hekimlere, diş hekimlerine, eczacılara, ebelere ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarına" tanıklıktan çekinme imkânı veren CMK'nın 46. maddesiyle çeliştiği de söylenemez. Zira tanıklık ceza muhakemesi müessesesi olarak, ancak bir soruşturma faaliyetinin başladığı andan itibaren gündeme gelebilecek bir konuyu oluşturmaktadır. Oysa 280. maddede öngörülen ihbar yükümlülüğü böyle bir faaliyetin başlamasını temine yönelik bir yükümlülük öngörmektedir. Dolayısıyla henüz başlamış bir soruşturma faaliyeti olmadığına ve bu safhada tanıklıktan bahsedilemeyeceğine göre, 280. maddenin tanıklıktan çekinme hakkıyla bağdaşmadığı söylenemeyecektir.⁹¹⁴

Sır, bir kimsenin gizli kalmasında yararı olduğu ve ancak yine gizli kalmak kaydı ile bir menfaat karşılığı birisiyle paylaşabildiği vakalar veya bilgilerdir. Hakeri'ye göre sır: "Sadece belirli ve sınırlandırılabilir kişi grubu tarafından bilinen ve bunun açıklanmamasında hasta bakımından anlaşılabilir, başka bir deyişle gerekçelendirilebilir ve dolayısıyla korunmaya layık bir yarar bulunan, durum, olgu, vakadır."⁹¹⁵ Donay'a göre ise sır, "Herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve menfaatine zarar verme tehlikesi gösteren hususlardır". Sırrın

⁹¹³ İzzet ÖZGENÇ 2022, age.

⁹¹⁴ İlhan ÜZÜLMEZ 2008, age, s. 823-844.

⁹¹⁵ Hakan HAKERİ (2011b), "Hekimin Yükümlülükleri", *İçinde, II. Sağlık Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı, 17-18 Mayıs 2010*, Ed. Nilgün Sarp, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Lefke Avrupa Üniversitesi, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 84, Aktaran Hüseyin AMİKLİOĞLU (2015), "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü". *Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 3 (1), s. 97-115.

ortaya çıkması, sahibine maddi veya manevi zarar verebilir.⁹¹⁶ Meslek sırrı kavramı genel olarak sır kavramına göre biraz daha ağır şartlara bağlanmıştır. Özellikle bu kapsama her meslek türü girmez. Sadece avukatlar, müdafiler, noterler, hekimler gibi belli başlı meslek erbabı meslek sırrı konusunda sorumluluk altına girmektedirler. Bu sırrın meslek sayesinde elde edilmesi icap eder. Örneğin bir hekim yaptığı tahliller sonucunda veya tedavi için hastadan gerekli bilgileri alırken bu sırda vakıf olmalıdır. Ancak böyle bir yolla edinilen bilgiye meslek sırrı denilebilir.⁹¹⁷

Sağlık mesleği mensupları meslek sırrı olarak nitelendirilen bilgileri saklamakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük farklı hükümlerden kaynaklanmaktadır. Hukukumuzda, kanun düzeyinde, Anayasa (17'nci ve 20'nci maddeler), Türk Medeni Kanunu (23'ncü ve 24'ncü maddeler), Türk Borçlar Kanunu (396'ncı, 471'nci ve 506'ncı maddeler) ile Türk Ceza Kanunu (136'ncı ve 137'nci maddeler) içerisinde bu konuya ilişkin hükümler vardır.⁹¹⁸ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.4, Hasta Hakları Yönetmeliği m.5-(f), Hasta Hakları Yönetmeliği m.20, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.9, Psikiyatri Meslek Etiği Kuralları md.6, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi m.10 ve Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun m.7 sır saklama yükümlülüğüne ilişkin çeşitli hükümler öngörmektedir.⁹¹⁹ Bunlara ek olarak 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun da hekimin sır saklama yükümlülüğünün kaynaklarından biridir. Eğer hekim söz konusu kişisel verileri otomatik sistemin parçası olarak işlemekte ise söz konusu kanunda yer alan genel hükümler ve yaptırımlar hekimler için de geçerli olacaktır. Hekimin bu kanuna göre veri işleyen ya da veri sorumlusu olarak birtakım yükümlülükleri vardır.⁹²⁰

Hekimlerin meslek sırlarını saklaması gerektiğini öğütleyen ve belki de hekimlik yeminleri içerisinde en ünlü olanı Hipokrat yeminidir. Hipokrat yemini, M.Ö 460 yılından bu yana hekimlik mesleği üzerinde etkili olmuştur. Hipokrat yeminin şartlarına göre, hastalara ilişkin sağlanan bilgilerin dokunulmaz hatta kutsal sırlardır ve dışarıya ifşa edilemez idi. Dolayısıyla hekimlere hastaya ilişkin bilgilerin

⁹¹⁶ Süheyl DONAY (1978), *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 2378, Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 535, s. 4, *Aktaran Hüseyin AMİKLİOĞLU* 2015, age, s. 97-115.]

⁹¹⁷ Hüseyin AMİKLİOĞLU 2015, age, s. 97-115.

⁹¹⁸ Nebahat KAYAER 2000, age, s. 2032-2048.

⁹¹⁹ Aslı Ekin YILMAZ 2020, age, s. 235-282.

⁹²⁰ Nebahat KAYAER 2000, age, s. 2032-2048.

ifşa edilmesinin utanç verici bir şey olduğu nasihat edilirdi. Hekimlerin mesleklerini ifa ederken öğrendikleri sırları saklamaları hususunda önemli örneklerden biri de onuncu yüzyılda yaşayan İran'lı tıp ve tıp etiği uzmanı olan Ali Bin Abbas'ın öğütleridir. Abbas'ın, hekimlere bir hekim hastasının güven duygusuna ve sırlarına saygı duyması gerektiğine ve hatta bir hastanın sırlarını koruma noktasında hekimin hastanın bizatihi kendisinden bile daha ısrarcı olması gerektiğini ifade ettiği bildirilmektedir.⁹²¹ Dünya Tıp Birliği'nin yayımladığı Cenevre Bildirgesi'nde ise hekimin sır saklama yükümlülüğü açıkça yer almıştır.⁹²² Hekimin sır saklama yükümlülüğü, 1981 tarihli Lizbon, 1994 tarihli Amsterdam, 1995 tarihli Lizbon II bildireleriyle ve Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nde de uluslararası düzlemde benimsenmiştir.⁹²³

3.2.3.3.2.1 Fail ve Mağdur

TCK m.280'de düzenlenen suçun faili sağlık mesleği mensubudur.⁹²⁴ Suç tanımında failin belirli bir sığata sahip olması arandığından özğü suç söz konusudur. Sağlık mesleği mensubu kavramı TCK m 280/2'de kanun koyucu tarafından açıklanmıştır: "Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır." Sağlık hizmeti veren diğer kişilerin de suç faili olabileceğinin belirtilmesinden de anlaşılabilceğı üzere, yapılan

⁹²¹ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 17-21.

⁹²² WORLD MEDICAL ASSOCIATION (2021), "Declaration of Geneva", <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2018/07/Decl-of-Geneva-v2006-1.pdf>. <https://www.wma.net/what-we-do/medical-ethics/declaration-of-geneva/>. ET. 06.11.2021

⁹²³ Nebahat KAYAER 2000, age, s. 2032-2048.

⁹²⁴ "Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir. Ancak;

1-Suç tarihinde bıçakla yaralanıp Esenler Özel Y. Polikliniğine müracaat eden iki kişiyi tedavi eden ve acil serviste nöbetçi doktor sıfatıyla görev yapan sanık T.. G..'nın, görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiğı yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmemekten ibaret eyleminin, TCK'nın 280/1. maddesinde düzenlenen "sağlık mesleği mensuplarının suç u bildirmemesi" suçunu oluşturduğu gözeti lmeden, suçun vafında hataya düşülerek, aynı Kanunun 279/1. maddesinin uygulanması,

2-Aynı poliklinikte tıbbi sekreter olarak çalışan ve sadece hasta kaydı yapan sanık A.. H..'nin kamu görevlisi ve TCK'nın 280/2. maddesinde tarif edilen "sağlık mesleği mensubu" olmaması karşısında, atılı suçun yasal unsurlarının ne şekilde oluştuğu açıklanmadan mahkumiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı, sanıklar T.. G.. ve A.. H.. ile müdafinin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürölüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 19.01.2015 tarihinde oybirliğıyle karar verildi."

Y.4.CD, E: 2014/8297, K: 2015/1500, T: 19.01.2015, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeWvMb1qi+4NUw~~&=0.451029494387853>. ET. 23.10.2022

sayım sınırlayıcı nitelikte değildir. Her ne kadar 1219 sayılı Kanun'da veteriner hekimlerin yer almaması bu mesleğin sağlık mesleği olarak değerlendirilemeyeceği biçiminde yorumlanabilirse de 657 sayılı Kanun'da veteriner hekimler de sağlık personeli olarak belirlenmiştir. Bu sebeple veteriner hekimlerin de TCK m.280'de yer alan suçun faili olabileceğini belirtmek gerekir.⁹²⁵ Zafer ise bu konuda, aksi görüştedir.⁹²⁶ TCK'da ayırık-özel düzenleme bulunmadığı için tüzel kişiler bu suçun faili olamazlar.⁹²⁷

Kanaatimce, suçun faili bakımından özel olarak üzerinde durulması gereken sağlık mesleği mensupları klinik psikolog ve psikiyatristlerdir. Psikiyatrist bir hekimdir ve psikiyatri alanında uzmanlık eğitimi almıştır. Bu nedenle doğrudan doğruya tabip kategorisine girmektedir. Klinik psikolog ise 1219 s. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un Ek 13. maddesine göre sağlık mesleği mensubu kabul edilmektedir. İlgili kanun maddesi şöyledir:

“Klinik psikolog; psikoloji veya psikolojik danışma ve rehberlik lisans eğitimi üzerine klinik ortamlarda gerekli pratik uygulamaları içeren klinik psikoloji yüksek lisansı veya diğer lisans eğitimleri üzerine psikoloji veya klinik psikoloji yüksek lisansına ilaveten klinik psikoloji doktorası yapan sağlık meslek mensubudur. Klinik psikolog, nesnel ve yansıtımlı ölçüm araçları, gözlem ve görüşme teknikleri kullanarak psikolojik değerlendirme ile uluslararası teşhis ve sınıflama sistemlerinde hastalık olarak tanımlanmayan ve Sağlık Bakanlığının da uygun bulduğu durumlarda psikoterapi işlemleri yapar. Hastalık durumlarında ise ancak ilgili uzman tabibin teşhisine ve tedavi için yönlendirmesine bağlı olarak psikoterapi uygulamalarını gerçekleştirir.”⁹²⁸

Kanun metninde yer alan ibarenin “psikolog” olmayıp “klinik psikolog” olduğunun altını çizmemiz gerekmektedir. Yılmaz'a göre; psikiyatrist ve klinik psikologları öteki sağlık mesleği mensuplarından ayıran nokta, diğer sağlık mensupları suç sebebiyle oluşan belirtiler üzerinde çalışmaktayken; klinik psikolog

⁹²⁵ Levent Emre ÖZGÜÇ 2019, age, s. 999–1040.

⁹²⁶ Hamide ZAFER (2004), *Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu*, 1. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul.

⁹²⁷ Yener ÜNVER 2012, age, s. 327.

⁹²⁸ TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ (2021), Hekimler ve Tabip Odası Yöneticileri İçin Mevzuat: Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=1014:1219. ET. 23.10.2021

ve psikiyatristlerin doğrudan suçun üzerinde çalışmasıdır. Örneğin bir ev içi şiddet vakasında acil serviste çalışan doktor yalnızca meydana gelen yarayı tedavi ile yükümlüyken, klinik psikolog kişinin mağduru olduğu suç ile ilgilenir. Aynı vaka bakımından doktor ile psikoloğun mesleklerinin icrası için suça ilişkin bilginin edinilmesinin önemi birbirinden farklıdır. Bu sebeple TCK m.280 ile getirilen bildirim yükümlülüğünün, diğer sağlık mesleği mensuplarına nazaran klinik psikolog ve psikiyatristler için daha ağır olduğunu söylemek mümkündür. Bu yükün dengelenmesi için klinik psikolog ve psikiyatristlerin TCK m.280'den istisna tutulmasını sağlayacak bir kanun değişikliği yapılması gereklidir. Böylece klinik psikolog ve psikiyatristlerin bildirim yükümlülüğü, herkes için geçerli olan, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte etkileri sınırlandırılabilir suçlarla sınırlı olacaktır (TCK m.278).⁹²⁹ Suçun faili olabilecek meslek grupları açısından belirtilmesi gereken bir diğer nokta, tıp literatüründe geleneksel veya tamamlayıcı tıp uygulamaları adı verilen akupunktur, sülük tedavisi, kupa tedavisi, kayropratik gibi uygulamaları yapan kişilerin durumudur. Bu sıfatlara sahip kişiler de insan sağlığına ilişkin bir hizmet vermekte ve Sağlık Bakanlığı mevzuatı içerisinde açıkça “sağlık meslek mensubu” olarak tanımlanmış bulunmaktadırlar. Bu kişilerle ilgili mevzuat Resmî Gazete Tarihi: 27.10.2014, Resmî Gazete Sayısı: 29158 olan Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'dir. Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrası şöyledir:

“Uygulamalar, Bakanlıkça yetkilendirilmiş ünite ile uygulama merkezlerinde ve ilgili alanda “uygulama sertifikası” bulunan tabip ve sadece dış hekimliği alanında olmak üzere dış tabibi tarafından yapılabilir. Uygulama alanında temel eğitimi bulunan sağlık meslek mensupları merkez ve ünitelerde sertifikalı tabiplere uygulamada yardımcı olabilirler.”

Bu sebeple, yönetmeliğin 8. maddesinin 5. fıkrasında adı geçen “uygulama alanında temel eğitimi bulunan sağlık meslek mensupları” bu suçun faili olabileceklerdir.⁹³⁰

Gökcan'a göre; bu kanun maddesi, sağlık mesleğini yasalara göre icra eden tüm özel veya kamu meslek mensuplarını içine almaktadır. Hatta yurdumuzda yasal biçimde mesleğini sürdüren Türk vatandaşı olmayan kimseler de fail olabilir. Gökcan şunları ifade etmektedir: Kanaatimizce, 280. maddedeki suçun faili kamu görevlisi

⁹²⁹ Aslı Ekin YILMAZ 2020, age, s. 235-282.

⁹³⁰ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=20164&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>. ET. 23.10.2021

olmayan veya kamu görevlisi olduğu halde kamu görevi dışında sağlık hizmeti yürütürken ihbar yükümlülüğüne uymayan kişilerdir. Düşüncemize göre, bir suç fail bakımından özgü suç olarak düzenlenirken kanun koyucu tarafından açıkça failin sıfatı gösterilmektedir. Bahsi geçen maddede bu sıfat sadece “görev” ve “sağlık mesleği mensubu” ifadeleriyle sınırlıdır. Kanun koyucunun maksadı “kamu görevlisi” olsa idi bunu açıkça yazması gerekirdi. Bu husus, kanunun 278 ila 280. maddelerde ihbar yükümlülüğüne ilişkin olarak getirdiği sistemden de anlaşılmaktadır. Nitekim 280. madde gerekçesinin ikinci paragrafında kamu görevlisi sıfatı taşıyan sağlık görevlilerinin eylemlerine “yukarıdaki madde hükmü uygulanacaktır” denilerek 279. madde işaret edilmektedir.⁹³¹ Hakeri ile Taşcan ve Çalışkan da aynı görüştedir. Onlara göre; bu suçun faili kamu görevlisi olmayan⁹³² sağlık mesleği mensuplarıdır.⁹³³ Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev

⁹³¹ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 846-847.

⁹³² “Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir.

Ancak;

1- Devlet hastanesi acil servisinde hekim olarak görevli olan sanığın, ateşli silahla bacağından yaralanmış olan hastayı tedavi etmesine karşın, tedavi işlemini poliklinik defterine kaydetmediği gibi durumu yetkili makamlara da bildirmediğinin iddia edilmesi karşısında, eylemlerinin kanıtlanması durumunda 765 sayılı TCY'nın 230 ve 235.maddelerine (5237 sayılı Yasanın 257/2, 279) uyan suçları oluşturabileceği ve 765 sayılı Yasanın 530.maddesindeki suçun kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarının eylemlerini düzenlediği gözetilerek, yargılamaya devam edilerek kanıtlar değerlendirilmek suretiyle ilgili yasa hükümlerindeki suçlara ilişkin öğelerin varlığı tartışılıp, 5237 sayılı Yasanın 7/2 ve 5252 sayılı Yasanın 9/3.maddeleri uyarınca lehe inceleme de yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile ve eylemin yalnızca anılan 530.maddeye uyduğu ve bu durumda suçun zamanaşımının dolduğu biçimindeki yasaya aykırı gerekçeyle kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi,

2- Mahkemenin kabul ve uygulamasına göre de; zamanaşımının dolması durumunda hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 5271 sayılı CYY'nın 223/8. maddesi uyarınca düşme kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden, 765 sayılı TCY'nın 102 ve 105.maddeleri uyarınca ortadan kaldırma kararı verilmesi, Yasaya aykırı ve O yer C.Savcısının temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden (HÜKMÜN BOZULMASINA), yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine (GÖNDERİLMESİNE), oybirliğiyle karar verildi.”

Y.4.CD, E: 2008/1710, K: 2009/15748, T: 7.10.2009, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeWGkUjxh aRxmA~~&=0.21570205669091957>. ET. 22.10.2022

⁹³³ “Suç: Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi

Hüküm: A- Sanık ... hakkında; TCK'nın 281/1, 62, 50/1-a, 52. maddesi uyarınca mahkûmiyet,

B- Sanık ... hakkında;

1- TCK'nın 280/1, 62, 50/1-a, 52. maddeleri uyarınca mahkûmiyet

2- TCK'nın 281/1-2, 62, 50/1-a, 52. maddesi uyarınca mahkûmiyet

Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Cumhuriyet savcısının temyizinin sanık ... hakkında kurulan sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçuna ilişkin mahkûmiyet hükmünü kapsamadığı belirlenerek yapılan incelemede;

1- Sanık ... hakkında suç delillerini yok etme; sanık ... hakkında ise sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçundan kurulan hükme yönelik temyiz incelemesinde;

yapan sağlık mesleği mensupları kamu görevlisi sıfatını taşımaktadırlar. Kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensupları bakımından TCK m.279 uygulanacaktır.⁹³⁴⁻⁹³⁵ Yargıtay⁹³⁶, 4. Ceza Dairesi, Esas: 2008/1710, Karar: 2009/15748, Tarih: 07.10.2009 kararında; “Devlet hastanesinde acil serviste görevli olan sanığın, ateşli silahla bacağından yaralanan hastayı tedavi etmesine karşın, tedavi işlemlerini deftere kaydetmediği gibi yetkili makamlara da durumu bildirmediği...” şeklinde gerçekleşen olaydaki sanık hekimin eylemini TCK'nın 279.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre sanık ... müdafii ve Cumhuriyet Savcısının yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükümlerin ONANMASINA, 2- Sanık ... hakkında suç delillerini yok etme suçundan kurulan hükme ilişkin temyize gelince; Yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine, ancak; Sanığın suç tarihinde hastaneye gelen ...'in bacağındaki kurşunu çıkartıp suç delilini gizlemesi eyleminde, özel bir hastanede doktor olarak çalışması nedeniyle kamu görevlisi sayılamayacağı, bu sebeple suç delilini gizleme suçunun kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmediği anlaşılacakla, tayin olunan cezadan TCK'nın 281/2. maddesi gereğince artırım yapılamayacağına gözetilmemesi, Kabule göre; sanık hakkında tayin olunan cezada TCK'nın 281/2. maddesi gereğince artırım yapılması sırasında “9 ay” yerine “12 ay hapis” cezasına hükmolünmek suretiyle fazla ceza tayini, Kanuna aykırı, sanık müdafii ve Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebeplerden dolayı BOZULMASINA, 17.04.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Y.9.CD, E: 2013/15336, K: 2014/4566, T: 17.04.2014, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMT2gFWlnEsBd88JGeV7YMJoATB9pA~~&=0.8313008748592159>. ET. 23.10.2022

⁹³⁴ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 962.

⁹³⁵ İdris TAŞCAN ve Suat ÇALIŞKAN (2018), *Tıbbi Uygulama Hataları ve Hekim Suçları*, 1. Baskı, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, s. 958.

⁹³⁶ “Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi. Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar belgeler ve gerekçe içeriğine göre, yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir.

Ancak,

1- Suçu bildirmeme suçunun kasıtlı işlenebileceği, sanığın nöbetçi doktor olmayıp diğer doktor törende olduğu için üzerine süt dökülmesi nedeniyle getirilen mağdura müdahale ettiği, nöbetçi doktor olmadığı ve iş yoğunluğu nedeniyle olayı kolluğa bildiremediğini savunması ve bu savunmasının aksinin ispat edilememesi karşısında, yetersiz gerekçe ile sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi,

2- Kabule göre de;

a) Sağlık ocağında hekim olan sanığın kamu görevi kapsamındaki tedavi görevi nedeniyle öğrendiği suçu bildirme yükümlülüğünün TCK'nın 279. maddesi kapsamında bulunduğu gözetilmeden, anılan Yasanın 280. maddesi ile hüküm kurulması,

b) Sanığın sabıkasız olması, sağlık meslek mensuplarının suçu bildirmemesi suçunda giderilmesi gereken, katılan tarafından talep edilmiş ölçülebilir, belirlenebilir (somut) maddi bir zarar bulunmaması ve manevi zararın ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmasına engel teşkil etmemesi karşısında, CMK'nın 231/5. maddesindeki koşullar irdelenmeksizin, yetersiz gerekçe ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi,

Yasaya aykırı ve O Yer Cumhuriyet Savcısının temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden hükmün (BOZULMASINA), yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine oybirliğiyle karar verildi.”

Y.4.CD, E: 2012/13441, K: 2012/30482, T: 17.12.2012, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMT2gFWlnEsBd88JGeWqzNfo4VHyFO~~&=0.7009038113985664>. ET. 22.10.2022

maddesi kapsamına sokmuştur.⁹³⁷⁻⁹³⁸ Bu konuda, Ünver, aksi görüştedir. Ona göre; “Fail kamu görevlisi olabilir veya olmayabilir. Bu suç açısından failde aranması gereken husus, başka bir sıfatının yokluğu değil, belirli bir sıfatının varlığı ve bu sıfatı gereği mesleğini icra ederken o suçu öğrenmiş olmasıdır. Bu nedenle, fail kamu görevlisi olsa da eğer aynı zamanda sağlık mesleği mensubu ise ve ihbar edilmesi gerekli suçu mesleğini icra sırasında öğrenmiş ise (TCK’nın 279’uncu maddesindeki suç değil) bu suç (TCK m.280) tipi ihlal edilmiş olacaktır. TCK m.278’de düzenlenen suç tipi karşısında, gerek 279 gerek 280’inci maddedeki aynı nitelikli suçlar özel normlar içermekle birlikte, TCK m.279 ve m.280 arasında da ayrı bir özel-genel norm ilişkisi vardır. TCK m.280’in madde metni ve bu iki madde arasındaki ilişkiye ters biçimde TCK’nın 280’inci maddesindeki gerekçenin aksine, özel norm TCK m.280’dir. TCK m.280 failde aradığı özellikler dışında o failin kamu görevlisi olup olmaması arasında ayırım yapmamıştır, özel normdur ve eğer kamu görevlisi sağlık personeli hakkında TCK m.279, kamu görevlisi olmayanlar hakkında ise 280’nci madde uygulanırsa, her iki maddenin amacına aykırı ve adalete de ters bir sonuç ortaya çıkacaktır... Gerekçenin dikkate alınmaması ve sağlık personeli arasında bir ayırım yapılmayarak, sağlık personelinin muhatabının TCK m.280 ve kamu görevlilerinin ise TCK m.279 olduğu kabul edilmelidir.⁹³⁹ Bu konu hakkında Ünver ile aynı kanaati paylaşmaktayız.

3.2.3.3.2.2. Hareket, Netice, Nedensellik Bağı

Suçun aydınlatılarak bozulan kamu barışının tekrar sağlanması ihtiyacı ile şüpheli, sanık veya üçüncü şahısların sırlarına (özel hayatlarına) saygı duyulmasını isteme hakkı yarışmaktadır. Yasal düzenlemelerin, bu iki menfaat arasındaki dengeyi koruması zorunludur. Yasa koyucu, yaptığı düzenleme ile kamu barışını kişinin özel hayatına tercih etmiş; diğer bir söyleyişle suçun aydınlatılması ve devletin cezalandırma hakkını kişisel haktan daha üstün gördüğünü ortaya koymuştur. TCK m.280’de olduğu gibi ihbar yükümlülüğünün yasa ile kabul edildiği hallerde artık, yükümlülüklerin çatışması prensibi uyarınca, hak ve menfaatlerin karşılaştırılarak tartılması ve sonucuna göre üstün menfaatin tercih edilmesi gerekmez. Suçun ihbar edilmemesindeki menfaat ne kadar büyük olursa olsun, suç ihbar edilmek

⁹³⁷ İdris TAŞCAN ve Suat ÇALIŞKAN 2018, age, s. 959.

⁹³⁸ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 846-847.

⁹³⁹ Yener ÜNVER 2012, age, s. 328.

zorundadır. İhbar etmemedeki menfaatin büyüklüğü, eylemi suç olmaktan çıkarmaz.⁹⁴⁰ Hekimin bir yandan sır saklama yükümlülüğü öteki yandan ise kanun ile getirilen suçun bildirilmesi yükümlülüğü hususunda, 07.07.2004 tarihinde Adalet Komisyonu'nda yapılan görüşmede; Doğan Soyaslan: “(...) ben çocuğumu yaraladım. Ya cezaevine gideceğim ya çocuk ölecek. Bana çelişkili geliyor. Gitmem o zaman çocuk ölür. Sağlık hakkını harcarsınız böylece. Burada harcanıyor. (...)” demek suretiyle sağlık hakkının göz ardı edildiğine vurgu yapmıştır.⁹⁴¹ Buna karşılık Adem Sözüer, suç vakıası durumunda tanıklıktan çekinmenin söz konusu olamayacağını, dava açıldıktan sonra daha önce tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan ebe, hemşire ve doktora anlatılan hususların tanıklıktan çekinme hakkının kapsamına girdiğini ifade ederek, bir suçun işlendiği yönünde belirtiyile karşılaşan hekimin durumu yetkili mercilere bildirmemesinin ciddi suiistimallere yol açacağını belirtmiştir.⁹⁴² TBMM tarafından onaylanarak yürürlüğe girmiş bulunan Biyotıp Sözleşmesi m.10/1 hükmünün bu suç bakımından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturup oluşturmayacağı hususu üzerinde durulmalıdır. Bu maddeye göre, “herkes kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.” Bu hüküm karşısında, TCK m.279 ve m.280 hükümlerinin uygulanamayacağı, zira sözleşmeye aykırı olduğu öne sürülebilir. Bu hususun yüksek mahkemeler tarafından dikkate alınması gerekmektedir.⁹⁴³

Görevini yaptığı sırada suç işlendiğine yönelik bir belirtiyile karşılaşan sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü doğmakta, bu yükümlülüğün ihlaliyle ise suç tamamlanmaktadır. Bu yükümlülüğün ihlali “bildirimde bulunmamak” veya bildirimde bulunmak hususunda “gecikme gösterilmesi” şeklindeki hareketlerle gerçekleşir. Dolayısıyla sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun fiil unsurunu “bildirmemek” veya “bildirme hususunda gecikme göstermek” şeklindeki hareketler oluşturmaktadır.⁹⁴⁴

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu sırf hareket suçudur. Gerçek ihmali suçlar sırf hareket suçu olup, failin kanun tarafından yapılması

⁹⁴⁰ Hamide ZAFER 2004, Age.

⁹⁴¹ T.C. ADALET BAKANLIĞI YAYIN İŞLERİ DAİRESİ BAŞKANLIĞI (2005), *Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu*, Ankara, s. 967-968.

⁹⁴² Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2016, age, s. 951.

⁹⁴³ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 968.

⁹⁴⁴ Abdurrahman Burak KARAHAN 2019, age, s. 948-978.

istenilen hareketi yapmamasıyla oluşurlar.⁹⁴⁵ Suçun maddi unsurları maddede sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde belirtiyile karşılaşmış olmasına rağmen, bu durumu yetkili makamlara bildirmemesi veya geç bildirmesi olarak belirtilmiştir. Maddede gerçek ihmali bir suç düzenlenmiştir. Bu tür suçlarda tipik bir fiilin varlığından bahsedilebilmesi için, öncelikle kanuni tanıma uygun durumun oluşması, yani icrai harekette bulunma yükümlülüğünü doğuran şartların oluşması, daha sonra ise emredilen hareketin yapılmamış olması, yani ihmal edilmiş olması gerekmektedir. Bunun dışında ihmali suçlardan dolayı sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, emrin muhatabının yükümlülüğü yerine getirme imkânına sahip olması, yani icrai harekete geçmenin ilgiden beklenebilmesi gerekmektedir. Ancak gerçek ihmali suçlarda beklenebilirliğin haksızlığın mı, yoksa kusurun mu unsuru olduğu tartışmalıdır. Üzülmmez'e göre kusurluluk kapsamında değerlendirilmesi gereken bir unsurdur.⁹⁴⁶ Sağlık mesleği mensupları kendilerine kanunla yüklenilmiş olan bildirimde bulunmak şeklindeki icrai hareketi gerçekleştirmemelerinden dolayı cezalandırılırlar. Bu bakımdan sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu, kanuni düzenlemede bildirimde bulunmamak veya geç bildirimde bulunmak şeklindeki ihmali hareketlerin cezalandırılacağı açıkça ifade edildiğinden, seçimlik hareketli, gerçek ihmali bir suçtur.⁹⁴⁷⁻⁹⁴⁸⁻⁹⁴⁹ Karşılaşma biçimi önemli değildir; yeter ki suç işlendiği belirtisiyle görevini yaptığı sırada karşılaşmış olsun. Bu itibarla görevi dışında böyle bir karşılaşma söz konusu suçun işlenebilmesi için gerekli ön şartı oluşturmaz.⁹⁵⁰ Suçun oluşumu bakımından suçun işlendiği yolundaki belirtinin görevin ifası sırasında, görevin icabı gereği olarak yapılan işlemler sırasında öğrenilmiş olması gerekir.⁹⁵¹ Görevin ifası durumunda

⁹⁴⁵ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2016, age, s. 952.

⁹⁴⁶ İlhan ÜZÜLMEZ 2008, age, s. 823-844.

⁹⁴⁷ Abdülbaki GİYİK 2014, age, s. 175-214.

⁹⁴⁸ Yusuf BÜYÜKYAY (2004), "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", *AÜEHFD*, C. VIII, S. 1-2, s. 383-396.

⁹⁴⁹ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 1275.

⁹⁵⁰ Nevzat TOROSLU (2007), *Ceza Hukuku-Özel Kısım. 2.* Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, s. 332.

⁹⁵¹ "Katılandaki yaralanmanın mahiyetinin dosya içinde bulunan epikriz formuyla uyumlu olması katılanın hastaneye müracaat ettiğinde kendi kendisini yaraladığına dair anlatımı karşısında başkaları tarafından taksirle yaralanmış olabileceğinden şüphelenmediğine ilişkin sanığın savunmasının aksine görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaştığı ve buna rağmen durumu yetkili makamlara bildirmedeği yönünde yüklenen suçtan mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,

Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA, 29.05.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

olunup olunmadığı hususu, sağlık mesleği mensuplarının statülerini düzenleyen mevzuata bakılarak belirlenmelidir.

Öncelikle sağlık mesleği mensubunun işbaşında olduğu, mesleğini icra ettiği sıradaki durumu görevin ifası kapsamına girmektedir. Bir sağlık mesleği mensubunun gerek şahsi muayenehanesinde veya işyerinde gerekse akdettiği iş sözleşmesi çerçevesinde bir işyerinde işini icra etmesi, kanunun ifadesiyle "görevini yaptığı sırada" durumunu oluşturmaktadır. Tabiatıyla görevini yaptığı sırayı sadece muayenehane ile veya bilfiil işyeriyle sınırlı şekilde anlamamak gerekmektedir. Örneğin bir doktorun özel muayene için veya acil bir durumda müdahale için çağrıldığı haller de görevin ifası kapsamına girer. Buna göre "görevini yaptığı sırada" ibaresi, sadece işin sadece işyeriyle bağlı bir şekilde icrasını değil, aynı zamanda böyle bir işe sahip olmak nedeniyle çağrı üzerine işin işyeri dışında icrasını da kapsamaktadır. Bunun dışında Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 3. maddesinde, "Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur" denilmektedir. Bu hüküm hekimlere görevlerinin ifası sırasında tabi oldukları muayene, teşhis ve tedavi yükümlülüklerine ek olarak, konu kendi uzmanlık alanına girmese dahi acil durumlarda mücbir sebep olmadıkça vakaya müdahale yükümlülüğü getirmektedir. Yükümlülüğün kapsamı ilk yardımda bulunma olarak belirlenmiştir. Bu noktada, hekimler için acil durumlarda söz konusu olan ilk yardım yükümlülüğünün görevin ifası kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu önemli hale gelmektedir. Kanaatimizce Tüzüğün 3. maddesiyle hekimler için "görevini yaptığı sırada sayılma" olarak adlandırılabilir bir durum yaratılmıştır. Zira hekim için acil durumlarda söz konusu olan müdahale yükümlülüğünün ihlali mücbir sebeplerden kaynaklanmadıkça sorumluluğu gerektirecektir. Dolayısıyla tüzükten kaynaklanan bu yükümlülük gereğince hekimin mutlaka ilk yardım şartları çerçevesinde görevini ifa etmesi gerekmektedir. Hekimin acil durumda ilk yardım kapsamında yapmış olduğu bu müdahale sırasında bir suçun işlendiğini gösteren belirtilere rastlaması halinde, durumu yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü doğmuş olmaktadır.⁹⁵² 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 32. maddesine göre, "Ani bir arıza veya kaza

Y.9.CD, E: 2013/16509, K: 2014/6524, T: 29.05.2014, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeUjSv!YMHO3jA~~&=0.1420743798623305>. ET. 23.10.2022

⁹⁵² İlhan ÜZÜLMEZ 2008, age, s. 823-844.

neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir". Bu mecburiyetin sonucu olarak özel bir hastaneye kabul edilen hastaların tedavisi sırasında üzerlerinde bir suçun işlendiğini gösteren emarelere rastlanması halinde bildirim yükümlülüğünün doğduğu hususu esasen izahatı gerektirmez.⁹⁵³

3.2.3.3.3 Suçun Manevi Unsuru (Tipikliğin Sübjektif Unsuru)

Bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir.⁹⁵⁴ İşlendiği öğrenilen suçun oluşumu bakımından kastın dışında başkaca manevi unsurun varlığı aranmamıştır.

⁹⁵³ Age, s. 823-844.

⁹⁵⁴ "SUÇ: 6136 sayılı Yasaya aykırılık, suçu bildirmeme, yalan beyan, mühürde sahtecilik ve kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma

HÜKÜM: - Sanık ...'ın suçu bildirmeme suçundan beraatine,

- Sanık ...'ın mühürde sahtecilik suçundan hükümlülük; kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan 5271 sayılı CMK.nun 223/1, 8 madde ve fıkraları uyarınca davanın durmasına,

- Sanık ...'ın resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan, 6136 sayılı Yasaya aykırılık ve mühürde sahtecilik suçlarından hükümlülük; kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan 5271 sayılı CMK.nun 223/1, 8 madde ve fıkraları uyarınca davanın durmasına,

- Sanık ...'ın resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçundan hükümlülük,

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Hükmedilen cezanın süresine göre, sanıklar ... ve ... müdafinin duruşmalı inceleme isteminin CMUK.nun 318. maddesi uyarınca oybirliğiyle (REDDİNE),

Tüm sanıklar hakkında dosya üzerinden yapılan incelemede;

1- Sanıklar ... ve ... hakkında uyuşturucu madde bulundurma suçundan kurulan hükümlerin incelenmesinde;

Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçundan dolayı, 5237 sayılı TCK'nın 191. maddesinin 2. fıkrası gereğince verilen "tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına" ilişkin kararlar, sözü edilen fıkraya 14.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6217 sayılı Kanunun 20. maddesi ile eklenen son cümleye göre, durma kararı niteliğinde olup itiraz kanun yoluna tabi olması nedeniyle, itirazla ilgili gerekli kararın yetkili ve görevli itiraz merciince verilmesi için, dosyanın bu suç yönünden incelenmeksizin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na (İADESİNE),

2- Sanıklar ... ve ... hakkında Mühürde Sahtecilik, sanık ... hakkında 6136 sayılı Yasaya aykırılık ve sanıklar ... ve ... hakkında resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçundan kurulan hükümlerin incelenmesinde;

Yapılan yargılamaya, dosya içeriğine, toplanıp karar yerinde gösterilen ve değerlendirilen delillere, oluşa ve mahkemenin soruşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, suçun oluşumuna ve niteliğine uygun kabul ve uygulamasına, hukuka uygun, yasal ve yeterli olarak açıklanan gerekçeye, suça konu mührün birlikte yaşayan sanıkların evinde ele geçirilmesine göre sanıklar ... ve ... müdafinin, suçun sübutuna, sanık ... müdafinin sanık lehine hükümlerin uygulanmadığına, hükmolunan cezadan takdiri indirim yapılmadığına, hükmolunan cezanın ertelenmediğine, hükmün açıklanmasının geri bırakılmadığına yönelik yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükümlerin oybirliğiyle (ONANMASINA),

3- Sanık ... hakkında Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi suçundan kurulan hükme gelince;

Mahkemece kanıtlar değerlendirilip gerektirici nedenleri açıklanmak suretiyle verilen beraat kararı, sanıklar ... ve ...'ın silahlı çatışma sonrası yaralanan arkadaşları sanık ...'ı yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin tedavi ettirebilmek amacıyla beraat eden sanık ... aracılığıyla suç tarihinde ... Büyükşehir Belediyesi ... Hastanesinde hemşire olarak çalışan sanık ... ile irtibat kurdukları, her ne kadar sanık ...'ın yaralama olayının yetkili makamlara bildirilmeyeceği hususunda kendilerine güvence verdiği anlaşılmış ise de; sanığın bu hususu yaralının hastaneye gelmesini sağlamak amacıyla beyan

Dolayısıyla suçun hangi saik ve gayeyle işlendiği önem taşımaz.⁹⁵⁵ Tezcan ve arkadaşlarına göre suç olası kastla da işlenebilir.⁹⁵⁶ Buna karşılık, Gören ise suçun taksirle işlenemeyeceğini ifade etmiştir.⁹⁵⁷ Suçun taksirli biçimini kanun ayrıca düzenlemediği için taksirli davranış cezayı gerektirmez. Failin, aslında öyle olmadığı halde, belirtinin işlenmiş bir suçtan kaynaklandığını düşünmesi, cezayı gerektirmeyen elverişsiz teşebbüs kapsamında ele alınmalıdır.⁹⁵⁸⁻⁹⁵⁹

Bildirim ne zamana kadar yapılabileceği konusunda kanun maddesinde açıklık yoktur. Bu konuda CMK'da da genel bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece ölüm olayı ile ilgili olarak "derhal bildirmek" şeklinde bir hüküm yer almaktadır (CMK m.159).⁹⁶⁰ Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m.86'da yataklı tedavi kurumlarında muayene ve tedavi edilen vakalarda, bir suçun işlendiğine dair bir belirti ile karşılaşılması halinde Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddesi gereği gecikmeksizin Cumhuriyet Savcılığı'na veya adli kolluğa haber verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bu konuda Kayaer şöyle demektedir: İhbarın ne zaman yapılacağına ilişkin sürenin tespiti, somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Sözgelimi ağır yaralanma ve hayati tehlikede hemen yapılması gereken bir ihbarın süresinin, tedavinin uzun süreli bir gecikmeye sebep vermemesi için ilk gözlemden itibaren başlaması yerinde olacaktır.⁹⁶¹ Başka bir anlatımla, kişiye tıbbi müdahalenin gerekli olduğu durumlarda, müdahalede bulunma yükümlülüğü, bildirim yükümlülüğüne göre daha önceliklidir.⁹⁶² Eski TCK (765 sayılı kanun) 530. maddesinde sağlık mesleği mensuplarının "sanatlarının icap ettiği yardımı ifa ettikten sonra" bildirimde bulunacağı belirtilmişken, 280. maddede bu hususa yer

ettiğini savunduğu, dosya içeriğinde mevcut bilgilere göre ...'ın tedavisi esnasında olayın hastane polisine intikal ettiği, hastane polisince dosyada mevcut 02.04.2006 tarihli tutanağın düzenlendiği, ...'ın isminin ... olarak kayıtlara geçirilmesi eyleminden ve sanık ...'ın bir silahlı çatışma olayında yaralandığı hususundan sanık ...'ın haberdar olduğuna dair delil bulunmadığı cihetle usul ve yasaya uygun bulunduğundan, Cumhuriyet Savcısının suçun sübutuna yönelik yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün (ONANMASINA), 08.01.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi."

Y.8.CD, Esas: 2013/10733, Karar: 2014/238, Tarih: 8.01.2014, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeVTOrnZEiXc5g~&=0.6623786937275835>. ET. 23.10.2022

⁹⁵⁵ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2016, age, s. 953.

⁹⁵⁶ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 1276.

⁹⁵⁷ Sami GÖREN (2012), *En Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, s. 1453.

⁹⁵⁸ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 1276.

⁹⁵⁹ Mustafa Ruhan ERDEM 2009, age, s. 105-120.

⁹⁶⁰ Nevzat TOROSLU 2007, age, s. 333.

⁹⁶¹ Nebahat KAYAER 2000, age, s. 2032-2048.

⁹⁶² Hakan HAKERİ 2015, age, s. 964.

verilmemiştir. Esasen sağlık mesleği mensupları bakımından öncelikli görev kendi mesleklerini icra etmektir. Bu sırada işlendiğini öğrendikleri suçları bildirim yükümlülüğü ise muayene, teşhis, tedavi veya sağlıkla ilgili diğer görevlerin ifasından sonra yerine getirilecek bir vazifedir. Dolayısıyla işin doğasında bulunan bu hususa yeni düzenlemede yer verilmemiştir.⁹⁶³

Bildirim, görevin ifası sırasında işlendiği emarelerden anlaşılan suçtan yetkili mercilerin haberdar edilmesini ifade eder.⁹⁶⁴ Yetkili makamdan kastedilen, ceza muhakemesi kuralları çerçevesinde bildirim üzerine soruşturmaya başlamak veya bildirimi soruşturma yapacak makama iletmek yükümlülüğü altında olan mercidir. CMK m.158'e göre;⁹⁶⁵ suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. Ayrıca ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmek üzere valiliğe veya kaymakamlığa ya da mahkemeye de ihbar ve şikâyette bulunmak mümkündür. Öğretide, sağlık mesleği mensubunun görevinin ifası sırasında bir suçun işlendiği yolunda belirtiyile karşılaşması durumunda çalıştığı kurumun idaresine durumu bildirmesinin de yetkili makama bildirme olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁹⁶⁶

Sağlık mesleği mensubunun görevinin ifası sırasında mevcut belirtilerden işlendiğini öğrendiği bir suçu yetkili makamlara bildirmemesi veya geç bildirmesiyle haksızlık gerçekleşir. Sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünün ihmalden dolayı kusurlu sayılabilmesi için, bildirim yükümlülüğünü yerine getirme imkanına sahip olması, emrin gereğini yerine getirmenin ondan beklenebilir olması gerekmektedir. Emrin gereğinin yerine getirilmesinin failden beklenemediği hallerde kınama yargısında bulunmak mümkün değildir. Bu noktada, Anayasanın 38.

⁹⁶³ İlhan ÜZÜLMEZ 2008, age, s. 823-844.

⁹⁶⁴ “Yenice ilçesinde evinin balkonundan düşmesi sonucu yaralanması nedeniyle Edremit Devlet Hastanesi acil servisine adli vaka olarak girişi yapıp daha sonra Nöroloji bölümüne Dr. N.. F..’in hastası olarak yatırılan ve sanığın nöbetçi hekim olarak görev yaptığı gün ölen R.. İ..’in ölüm nedeninin adli vaka olduğunu bilebilecek durumda olmayıp sınırlı bilgi ile ölüm belgesini düzenlediğinin tüm dosya kapsamında anlaşılması karşısında sanığın görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaştığı ve buna rağmen durumu yetkili makamlara bildirmediği yönünde mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA, 20.01.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Y.9.CD, E: 2013/11235, K: 2014/745, T: 20.01.2014, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWInEsBd88JGeU5tZev8Ct5VQ~&=0.7893731824806238>, ET. 23.10.2022

⁹⁶⁵ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 1276.

⁹⁶⁶ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019. age, s. 952.

maddesinin 5. fıkrasını aklımıza getirmeliyiz. Buna göre, hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını (CMK m.45/1: şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanlar) suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacaktır. “Nemo tenatur ilkesi” olarak adlandırılan bu esas, ceza muhakemesinin yürüyüşüne ilişkin bir insan hakkını oluşturmaktadır.⁹⁶⁷ Bu anlamda, TCK m.280 bağlamında faillik statüsü açısından önemli bir sorun, bu düzenlemede fail ile suçun bildirilmesi yükümlülüğü yüklenen kişi arasındaki akrabalık ilişkisinin hiç dikkate alınmamasıdır. Gerek failin, kendi işlediği bir suçun varlığına gerek belirli yakınlarının işlediği suçun varlığına yönelik belirtileri öğrenmesi durumunda bunun bir cezasızlık nedeni olarak düzenlenmeyişi, Anayasa m.38’deki kimsenin kendisi veya yakınları aleyhine beyanda bulunmaya veya delil vermeye zorlanmamasını düzenleyen hükme aykırılık oluşturmaktadır. Bunun bir cezayı hafifleten neden olarak düzenlenmeyişi, kanun koyucunun bu anayasaya aykırılıkta oldukça ileriye gittiğini ve benzer birkaç suçta buna yer vermesi nedeniyle, bilinçli ve fakat hukuka aykırı bir tercih olduğunu göstermektedir.⁹⁶⁸

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi re’sen soruşturulan bir suç olup takibi şikâyete bağlı değildir.⁹⁶⁹⁻⁹⁷⁰

Sağlık hukuku üzerinde çok fazla yorum yapılan bir hukuk alanıdır. Bunun sebebi ise bu alanı düzenleyen bütüncül bir kaynak olmamasıdır. Hatta bu alanı düzenleyen ayrı ayrı kaynaklar da birbirleriyle tam olarak uyum içinde değildir. Bundan dolayı uygulayıcılar arasında çeşitli uyumsuzluklar ortaya çıkabilmektedir. Ancak hekim ile hasta arasındaki ilişki güven temelli olduğu için oldukça hassastır. Sır saklama yükümlülüğü ise bu güveni korumak için ihdas edilen bir yükümlülüktür. Dolayısıyla sır saklama yükümlülüğü hakkında yapılacak düzenlemeler ve uygulamaların güven temeli dikkate alınarak yapılması gerekir. Bu temeli çöktecek düzenlemelere gidilmemesi gerekmektedir. Mesela sonradan iptal edilen 663 sayılı KHK’nın 47. maddesi böyle bir düzenleme idi. Ancak, yasa koyucu

⁹⁶⁷ Age, s. 954.

⁹⁶⁸ Yener ÜNVER 2012, age, s. 330.

⁹⁶⁹ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 954.

⁹⁷⁰ Sami GÖREN 2012, age, s. 1453.

bu iptal kararına rağmen, 02.01.2014 tarih ve 28886 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan “Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” torba kanun ile benzer nitelikte bir düzenleme yapmıştır. Bu kanunun 1. maddesi aynen şöyledir:

11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 16'ncı maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. “Denetime tabi olan gerçek ve tüzel kişiler, denetim için gerekli olan bilgi, belge, defter ve kayıtları vermek, ayniyatı göstermek ve incelenmesine yardımcı olmak zorundadır.”⁹⁷¹

3.3 HEKİMLİK UYGULAMASINDA GÖRÜNÜŞTE İHMALİ SUÇLAR SORUNSALI

3.3.1 Hekimlik Uygulamasında TCK m.83 ve Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi Suçunun Benzer Suçlardan Farkı

Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun özelliklerine bakılacak olursa; ihmali davranış suçun hareketine dairdir. İhmal ise manevi unsurunu oluşturur.⁹⁷² Bu ayırım önemlidir. Örneğin, bir anne çocuğunu öldürmek

⁹⁷¹ Hüseyin AMİKLİOĞLU 2015, age, s. 97-115.

⁹⁷² “SUÇ: Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi

HÜKÜMLER: 1) Sanık ... hakkında; maktul ...'e yönelik kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan; 5237 sayılı TCK'nın 82/1-d, 83/2-a. maddeleri delaletiyle; 83/3, 62, 53, 63. maddeleri uyarınca; 16 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna,

2) Sanıklar ... ve ... hakkında; maktul ...'e yönelik kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan; 5237 sayılı TCK'nın 81/1, 83/2-a. maddeleri delaletiyle; 83/3, 62, 53, 63. maddeleri uyarınca; 12 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna,

TEMYİZ EDENLER: Sanıklar ..., ..., ... müdafii ve sanık ..., katılan ... vekili, katılan ... vekili, katılan ... Hizmetler Bakanlığı vekili, Kısmen Re'sen

TÜRK MİLLETİ ADINA

Mahalli mahkemece bozma üzerine verilen hükümler temyiz edilmekle dosya okunarak;

Gereği görüşülüp düşünüldü;

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanıklar ..., ... ve ... hakkında maktul ...'e yönelik kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun sübutu kabul, oluşturma ve soruşturma sonuçlarına uygun suç niteliği tayin, takdire ilişkin cezayı azaltıcı nedenin nitelik ve derecesi kabul ve takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle değerlendirilip reddedilmiş, bozma üzerine duruşmalı olarak incelenen dosyaya göre verilen hükümlerde bozma nedeni dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık ... müdafii ve sanıklar ..., ... ve ... müdafinin; suç vasfının hatalı olduğuna, ceza miktarının fazla olduğuna yönelen, katılanlar ... ve ... vekillerinin; bir sebebe dayanmayan, katılan Bakanlık vekilinin; sanıklar hakkında TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasının hatalı olduğuna ilişkin ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

ister, onu boğup öldüreceği yerde, başka bir yöntem kullanarak, çocuğuna süt vermeyip aç bırakıp öldürüyorsa, bu yöntemle el vurmada öldürmeyi seçiyor ise, işte burada TCK'nın m.83/1, 2 düzenlemesi konulmuştur. Genel hükümlerde bulunmayan bu hüküm özel hükümlere konulmuştur. Örneğin; bir topluluk içerisinde iki kişi kavga eder, biri bıçak çeker, diğerine saplar ve öldürür. Öldürenin suçu tamamdır, gerçekleşmiştir. Ancak, diğer kavgayı seyredenler engel olsa maktul öldürülmezdi. Burada seyredenlerin hepsini cezalandıracak mıyız? Bunlardan bazıları,

Oluşa ve dosya içeriğine göre; maktul ...'in sanık ...'nin eşi, diğer sanıklar ... ve ...'in de sanık ...'nin anne ve babaları oldukları, sanıklar ve maktulün aynı ikamette yaklaşık 8 yıl birlikte yaşadıkları, maktulün ikinci çocuklarına hamile olduğu sırada rahatsızlıklarının başladığı, söz konusu dönemde sanık ...'nin maktulü Kasım 2010 ve Mart 2011 tarihlerinde maktulün belini doğrultamaması nedeni ile Erzurum Bölge Eğitim ve Araştırma Hastanesine tedavi yaptırmak amacı ile götürdüğü, maktule hastanede bir takım tedavilerin uygulandığı, ancak maktulün sağlık durumunun zamanla kötüleşmeye başladığı ve maktulün zaman ile hiç yürüyemez ve sınırlı biçimde hareket edebilecek hale geldiği, aynı evde yaşayan sanıkların maktulün sağlık durumunun iyi olmamasına rağmen herhangi bir tıbbi müdahale uygulamadıkları, maktulü evin tuvaletine sert bir tahta parçasının üzerine yatırarak söz konusu müdahale anına kadar yaklaşık 3 ay süre ile tuvalette yaşamasına zorladıkları, maktulün tuvalette geçirdiği süre içerisinde "zaman zaman" yiyecek ihtiyaçlarının giderildiği, ancak son 3 ay içerisinde hiç bir şekilde banyo ve diğer temizlik ihtiyaçlarının giderilmediği, bu koşullarda hareketsiz bir yaşam süren maktulün durumunun giderek kötüleşmeye başladığı ve vücudunda ölümü ile nedensellik bağı oluşturabilecek derecede yaralar oluştuğu, olayın ihbarı üzerine kolluk kuvvetlerince maktulün ve Karaaslan soyadlı sanıkların ikamet ettiği yere gidildiği, 18.07.2012 tarihli kolluk kuvvetleri tarafından tutulan tutanağa göre maktulün tuvalette kırmızı renkli bir sandalyede hareketsiz bir biçimde oturduğunun tespit edildiği, maktulün alınan ilk adli muayene raporunda "genel durumunun kötü, yatmaya bağlı ayak üstlerinde, bilek kısımlarında, kalça kısmında yatmaya bağlı oluşan yaraların mevcut olduğu, hayatı tehlikesinin bulunması nedeni" ile ... Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesinde tedavisine devam etmesi için sevk edildiği, ancak maktulün söz konusu hastanede 25.07.2012 tarihinde vefat ettiği, olayda;

Adli Tıp Kurumu ... Grup Başkanlığı tarafından 04.09.2012 tarihinde düzenlenen otopsi raporunda, ölüm sebebinin "kişinin vücudunda uzun süre hareketsiz kalma sonucu oluşan çok sayıda bası yaraları ile farklı zamanlarda uğradığı künt travmalar sonucu oluşmuş farklı yaşlarda, eski kosla kırıklarının tespit edildiği", Adli Tıp Kurumu İstanbul Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulunun 20/03/2013 tarihli raporunda; "Mevcut özür durumuna göre tüm vücut fonksiyon kaybının % 98 olduğunun tespitine kadar geçen yaklaşık 14 aylık süre içinde tedavisi için hastaneye götürüldüğüne dair herhangi bir belge bulunmadığı, hastalığın ilerleyerek yatalak kalmasına kadar geçen süre içinde hastaneye götürülerek tedavi ettirilmeyerek tedaviden yoksun bırakıldığı..." ... Adli Tıp Şube Müdürlüğünün 21/06/2013 tarihli raporunda ise "spastisite ve sfinter kusuruyla seyreden miyelopatik (travmatik, infeksiyöz, post infeksiyöz, vasküler, metabolik, otoimmün etiyojolojiye bağlı olabilecek) hastalığının seyri sırasında ortaya çıkan bası yaralarının enfekte olması ve enfeksiyonun tüm vücuda yayılması (sepsis) nedeni ile öldüğü, beslenme, tıbbi bakım ve tedavi ihtiyacının karşılanması halinde iyileşmesi ve ölümle sonuçlanan sürecin engellenmesinin tıbben mümkün bulunduğu, dolayısı ile beslenme, tıbbi bakım ve tedavi ihtiyacının karşılanmaması ile ölümü arasında illiyet bağı bulunduğu..." şeklinde görüş bildirilmesi karşısında;

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 83. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yapılan uygulama sırasında, meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alınarak sanıklara makul cezalar yerine yazılı şekilde alt sınırdan hapis cezalarına hükmolunması suretiyle eksik cezalar tayini,

Bozmayı gerektirmiş olup, sanıklar müdafileri katılan ... vekili, katılan ... vekili ve katılan ... Hizmetler Bakanlığı vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden kısmen re'sen de temyize tabi bulunan hükümlerin tebliğnamedeki düşünce gibi BOZULMASINA, 23/06/2021 gününde oy birliği ile karar verildi."

Y.1.CD, E: 2020/164, K: 2021/11082, T: 23.06.2021, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeXi60oMXJNh5w~~&=0.11966986337634533>. ET. 23.10.2022

örneğin, kimi garantörler cezalandırılmalıdır. Mesela; PVSK'ya göre oradaki ihmal gösteren polis veya gardiyan yani kanundan kaynaklanan sorumlular cezalandırılmalıdır. Bu sorumluluk bazen ikinci grup olarak yazılı ya da sözlü olarak yapılan sözleşmeye de bağlı olabilir. Mesela plajdaki cankurtaran ile evdeki çocuk bakıcısı gibi. Üçüncü grup sorumlular olarak önceden tehlike oluşturan eylem nedeniyle ölümü meydana getirmiş ise bu da sorumlu tutulmalıdır kuralına bağlanmıştır. Tabiidir ki; bir ihmali davranış ile bir sonucun meydana gelmesine neden olan herkesin, bu sonucun meydana gelmiş bulunmasından dolayı hukuki, özelde de cezai olarak sorumlu tutulması düşünülemez. Bunun için bazı şartların oluşması lazımdır. Bu ön şart ise “kişinin neticeyi önlemek hususunda hukuken yükümlü olması” şartıdır. Neticeyi önlemek hususunda hukuken yükümlü kişiye kimi hukukçu akademisyenler “garantör” adını vermektedir.⁹⁷³

Hekimin garantörlüğü ile tedavi sonucunu garanti etmek karıştırılmaması gereken hususlardır. Hekimin amacı ve kendisinden beklenen, yaşamı kurtarmak veya iyileşmeyi sağlamak olsa da sonucu garanti etmesi beklenemez. Hekim tıbbi müdahalenin iyileşmeyle sonuçlanacağını değil, zarar vermeyecek şekilde uygulanacağını üstlenmektedir. Tıbbi müdahalelerin uygulanmasını düzenleyen yasa ve tüzüklere, genel tıp ilke ve kurallarına aykırı davranış söz konusu olmadıkça hukuka aykırılıktan söz edilemez. Yapılan müdahalelerin tıp biliminin kabul edilen, normal sapmalarından oluşan zararlılarda hukuka aykırılık ve sorumluluk yoktur. Kusurdan söz edebilmek için öncelikle icrai yahut ihmali bir fiil olmalı, zararlı sonucun öngörülebilir ve önlenebilir olması ve beklenen zararlı sonucu önleme olanağı olan bir davranış biçimi varken bu şekilde davranılmayıp somut olaydaki gibi davranılmış olması gerekir.⁹⁷⁴ Garantörlükten kasıt ise, hekimin tedavi amacıyla kendisine gelen hasta üzerinde olumsuz sonucun meydana gelmesini önleme konusundaki hukuki yükümlülüğüdür. Eğer hekim, tıbbi kurallar çerçevesinde gerekli tedaviyi uygulamışsa, olumsuz sonucun meydana gelmesinden “iyileşme garantisi verme” yükümlülüğü olmayacaktır. Hekim olarak hastasını muayene eden kişi ile nöbetçi hekim olarak diğer hekimlere vekalet eden kişi garantör durumundadır. Hekimler bir olayı üstlenmekle garantör konumuna gelirler. Bu suretle hekim, hastanın hastalığının teşhisini üstlendikten sonra, bu hususta acil ve

⁹⁷³ Mustafa ARSLANTÜRK (2020), *Öldürme Suçları*. 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 292-305.

⁹⁷⁴ Birol DEMİREL (2005), “Hekimin Yasal Sorumlulukları”, *Gazi Tıp Dergisi*, S. 16 (3), s. 102.

güvenilir tedbirleri almak, görevli olması halinde hastayı geceleyin de ziyaret etmek ile yükümlüdür. Hekim, yalnızca danışman durumundaysa, teminat yükümlülüğü doğmayacaktır.⁹⁷⁵ Türkiye’de çalışmakta olan hekimlerin önemli bir kısmı kamu kurumlarında görev yapmaktadırlar. Bu itibarla, kanaatimce, ülkemizde hekimlerin teminat yükümlülüğünün en önemli kaynağının kanun olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz.

Çavuşoğlu’na göre; hastanın hekimden kısmen faydalanması halinde garantörlük de bu kapsamda sınırlı olacaktır. Bu durum aynı anda var olan çeşitli hastalıklar açısından değil aynı zamanda belirli tedavi tedbirlerinin kullanılmasındaki sınırlama açısından da geçerlidir. Örneğin, yaralı kişi kan nakli istemiyor ise, hekim de bu konuda garantör olmayacaktır. Ancak hastanın çocuk olması halinde, babasının tedaviye müsaade etmemesine rağmen, hekim garantör olarak tedavi ile yükümlüdür. Hasta bir kişinin yaklaşan ve muhtemelen veya kesin olarak önlenebilecek ölüm sonucuna karşın tabibin yardımını reddedebileceği öğretide egemen görüşün kabul ettiği bir husustur. Mağdurun davranışı teminat yükümlülüğü üzerinde etkili olup, mağdur kendi isteği ile bu yükümlülüğü kaldırabilir.⁹⁷⁶⁻⁹⁷⁷

3.3.1.1 TCK’nın 83. Maddesi Hakkında Umumi Mülhaza

“Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” suçunun oluşumu için, bu “cezai yükümlülüğün” kaynağı olan TCK’nın 83. maddesine baktığımızda üç türlü mümkün olabileceğini görürüz: 1) Kanuni düzenleme, - 2) Sözleşme, - 3) Önceden gerçekleştirilen davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması.⁹⁷⁸⁻⁹⁷⁹⁻⁹⁸⁰

⁹⁷⁵ Hakan HAKERİ (2007), *İçinde, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan, 15-16 Mayıs 2006*, Ed. Cem BAYGIN, Metin UÇAR, Yusuf BÜYÜKYAY, Yetkin Yayınevi, Ankara, s. 109.

⁹⁷⁶ Dilek ÇAVUŞOĞLU 2018, age, s. 66-67.

⁹⁷⁷ Age, s. 66-67.

⁹⁷⁸ Mustafa ARSLANTÜRK 2020, age, s. 292-305.

⁹⁷⁹ “Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanıklar Güven Güden ve ...'in maktul ...'a yönelik nitelikli kasten öldürme suçunun sübutu kabul, oluşturma ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin, takdire ilişkin cezayı azaltıcı sebeplerin niteliği takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre bozma üzerine verilen hükümlerde düzeltme nedeni dışında bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık ... müdafinin sübuta, suç vasfına, sanık ... müdafinin temyiz dilekçesi ve duruşmalı incelemedeki suç vasfına, lehe hükümlerin uygulanması gerektiğine, etkin pişmanlık ve cezasızlık hali bulunduğu yönelen ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddiyle, 24.11.2015 günlü Resmi Gazetede yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 08.10.2015 tarih, 2014/140 esas ve 2015/85 sayılı kararı ile 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesinin iptal edilen bölümleri de nazara alındığında mahkemenin bu madde ile yaptığı uygulamalar yasaya aykırı ise de, bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, CMUK'un 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak hüküm fıkrasında yer alan 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesinin uygulanmasına ilişkin

Kanun koyucunun yaptığı düzenleme açısından, icrai suçlar ile ihmali suçlar arasında önemli bir temel farklılık vardır. İcrai suçlar bakımından; kimseyi asla öldürme, yaralama, kimseye işkence yapma... gibi yasaklanan emirlere uymak mecburiyeti, insanlara ek bir yük getirmemektedir. Ancak, kanun koyucu, ihmali suçları düzenlediğinde, insanlara fazladan bir yük yüklemiş olmaktadır. Mesela; insanlara yardım et, suçları bildir... gibi külfetler, hukuki yükümlülükler, insanlara ek bir ödev, ilave bir görev yükler. İnsanlara, harekete geçme yükümlülüğü getirir. Bu nedenle, kanun yapıcılar; 1) İhmali suçları icrai suçlara nazaran daha az sayıda düzenlerler, - 2) Herkesin ihmalden sorumlu tutulması her suç bakımından söz konusu olmaz, - 3) Kural olarak; yeni bir hüküm olan, ihmal suretiyle bir kimsenin

bölümün "Anayasa Mahkemesinin iptal kararındaki hususlar gözetilerek 5237 sayılı TCK'nın 53/1-2-3 maddelerinin tatbikine" şeklinde, değiştirilmesine karar verilmek suretiyle DÜZELTİLEN, re'sen de temyize tabi hükümlerin tebliğnamedeki düşünce gibi ONANMASINA, 08/03/2017 gününde Üyeler ... ve ...'ın sanık ...'in eyleminin TCK'nın 83/2-b maddesi kapsamında olduğundan hükmün bozulması gerektiği yönündeki karşı oyları ve oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY:

Sanıkların daha önceden çaldıkları bir araçla, hayvan hırsızlığı yapmak amacıyla, maktulün bekçiliğini yaptığı kurbanlık satışı yapılan yere gece saat 23:00 sıralarında geldiklerinde, maktulün sanıkların fark ettiği, maktulün, sanıkların önlerine çıkarak elindeki tabancası ile havaya doğru bir el ateş ettiği, direksiyonda bulunan sanık ...'in aracı maktulün üzerine sürerek ona çarptığı, maktulün aracın altına sıkışıp kaldığı, sanıkların, maktulü aracın altından çıkarmaya çalıştıkları ancak bunu başaramadıkları, bu aşamada maktulün henüz yaşamakta olduğu, sanıkların zaten çalıntı olan aracı, maktulü aracın altında iken öylece bırakıp gittikleri, yardım için başka herhangi bir girişimde bulunmadıkları, maktulün aracın çarpması sonucu hemen değil aracın altında iken aracın göğüs ve karın kısmına denk gelen yerinin basısı sonucu öldüğü anlaşılan olayda, Dairemizin çoğunluğu ile aramızdaki uyuşmazlık direksiyonda olmayan şoför mahallinin yanında oturan sanık ...'in çoğunluk görüşünde olduğu gibi Türk Ceza Kanunu 37. maddesi kapsamında öldürme suçuna iştirak ettiği mi? yoksa eyleminin bizim görüşümüzde olduğu gibi Türk Ceza Kanununun 83/3 maddesi kapsamında mı? kaldığı noktada toplanmaktadır.

Sanıkların olay yerine hırsızlık yapmak amacıyla geldikleri konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Sanıklar olay yerine birlikte ve hırsızlık yapmak amacıyla gelmişlerdir. Öldürme suçu konusunda önceden anlaşmaya vardıklarını söylemek mümkün değildir. Çoğunluk görüşünde olduğu gibi öldürme suçu konusunda fikir ve irade birliği içerisinde değillerdir. Ani gelişen bir olayda, direksiyonda bulunan sanığın eylemine diğer sanık ...'in TCK'nın 37. maddesi kapsamında katıldığını söylemek mümkün olmadığı gibi, TCK'nın 39. maddesi kapsamında bir yardımdan da bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda kullandığı araçla maktule çarpan sanığın yanında olan diğer sanığın durumu ne olacaktır.? Burada sanık ...'in eyleminin TCK'nın 83/3 maddesi kapsamında kaldığını değerlendirmekteyiz. Somut olayda sanık ...'in sorumluluğunun maktule araçla çarpıldıktan sonra başladığını kabul etmek durumundayız. Sanık ...'in, maktulün araç altında kaldığını, bir şekilde müdahale yapabilecek yerlere bildirmesi halinde maktulün kurtulması mümkündür. Çünkü çarpma sonrasında maktulün canlı olduğu anlaşılmaktadır. Maktul sabaha kadar araç altında kalmasının etkisiyle ölmüştür. Bu açıklamalar ışığında sanık ...'in eyleminin TCK'nın 83/3 maddesi kapsamında olduğunu, yerel Mahkeme kararının bu gerekçeyle bozulması gerektiğini düşündüğümüzden, sayın çoğunluğun sanık ...'ı TCK'nın 37. maddesi delaletiyle kasten öldürme suçundan cezalandırmasına dair yerel Mahkeme kararını onamasına dair görüşüne katılmıyoruz.” Y1CD, E: 2016/528, K: 2017/706, T: 8.03.2017. kazancihukuk.com,

<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeVrIvUXwmM+rQ~~&=0.1661873055230767>. ET. 13.11.2022

⁹⁸⁰ Cengiz APAYDIN (2022a), *Doktorların Tıbbi Müdahaleden veya Müdahalesizlikten Doğan Cezai Sorumluluğu*, Ege Reklam Basım Sanatları, İstanbul, s. 236-238.

öldürülmesinde, her ihmali harekette bulunanın sorumlu tutulması uygun görülmemiş, ancak harekete geçmek konusunda hukuksal bir yükümlülük altında bulunan garantörler, fail/sanık olarak kabul edilmiştir, - 4) İstisna olarak ise yeni TCK'nın 98. maddesindeki suç tanımlamasında cezai sorumluluk genişletilmiştir. Buna göre, TCK'nın 98. Maddesi uyarınca herkesi fail/sanık olabilecektir. Fail olmak için hukuksal bir yükümlülük aranmamıştır.⁹⁸¹

İhmali hareketin cezalandırılabilmesi bakımından üç ihtimal vardır:

1. İhtimal: İhmali hareket hiçbir şekilde cezalandırılmaz; örneğin, basit bir soğuk algınlığında hastaya yardım etmeme durumunda kimse cezalandırılmaz. Çünkü böyle bir ihmali hareket; sosyal bir dayanışma içerisinde mütalaa edilebilecek “genel ve yaygın ihmallerden” sayılmaktadır.

2. İhtimal: İhmali hareket şu şartlar altında cezalandırılır; örneğin TCK'nın 98. maddesindeki suç tanımlaması içerisinde vasat bir cezai müeyyideye çarptırılır. Çünkü, bu durum “acil yardım” gerekliliğine dayanan dayanışma içerisinde telakki edilebilecek ihmal türüdür.

3. İhtimal: İhmali hareket icrai harekete denk sayılır nitelikte olduğu anda cezalandırılır. Örneğin, 5237 sayılı TCK'nın 83. maddesindeki suç tanımlaması içerisinde oldukça ağır bir cezai müeyyideye çarptırılır. Çünkü, bu tür ihmali hareket “özel bir dayanışma ilişkisi” içerisinde görülen yükümlülüğe aykırı harekettir.⁹⁸²

“İhmali davranışla kasten insan öldürme” suçu, hekimin pasif kalması sonucu zararlı netice olarak ölümün gerçekleşmesi şeklinde ortaya çıkar. Oysa hekim zararlı neticeyi önlemekle yükümlüdür. Hekimler ihmali davranışla iki şekilde suç işleyebilirler. Birincisi, zararlı neticeyi (ölümü) doğuracak hareketin başkaları veya doğa olayları tarafından gerçekleştirilmesidir. Ancak hekim ağır neticeyi önlemekle görevlidir. İkincisi, zararlı neticeyi doğuracak hareketin bizzat hekim tarafından gerçekleştirilmesidir. Ancak hekim daha ağır neticeyi önlemekle hukuken yükümlüdür.

a) Birinci hale örnek olarak trafik kazası geçiren bir hastanın acilen hastaneye getirilmesi ve müdahale gereğinin olmasına rağmen hastaya müdahale edilmemesi ve hastanın ölmesidir. Veya hastanede yatan hastaya ilacın verilmemesi sonucu hastanın ölmesinde olduğu gibi. Oysa hekim her iki halde de ölümü engellemekle görevlidir.

⁹⁸¹ Mustafa ARSLANTÜRK 2020, age, s. 292-305.

⁹⁸² Age, s. 292-305.

Çünkü devlet hastanesinde ise zaten memuriyetten dolayı, kamu hukuku gereği görevlidir. Eğer özel hastanede ise hekim, hastane idaresi ile bir iş akdi yapmıştır. Böylece hukuki yükümlülük altına girmiştir. Bu akit özel hukuk akdidir. Her halde zararlı neticenin önlenmesine yönelik akittir.

b) İhmali davranışla öldürmenin ikinci halinde ölüm neticesini doğuracak hareketi doktorun kendisi yapmış olabilir. Mesela, hastasına yanlış tedavi uygulamıştır. Hastalık hastayı ölüme doğru götürmektedir. Hekimin müdahale ederek hastayı kurtarması mümkündür. TCK'nın 83/2-b maddesine göre zararlı neticeyi önlemek yükümlülüğü altındadır. Ama kasten önlememektedir. Bu durumda kasten ihmali davranışla ölümden sorumludur. Esasen bu somut misal TCK'nın 83/2-a bendini de ihlal etmektedir. Çünkü hekim her durumda zararlı neticeye müdahale ederek önlemek zorundadır. Elbette somut olayda hekimin müdahale ederek ölüm neticesini önleyebilecek konumda olması gerekir.⁹⁸³

3.3.1.2 Taksirle Öldürme Suçu (TCK m. 85) İle Farkı

3.3.1.2.1 Taksir Kavramı ve Taksirin Unsurları

Sorumluluk kavramı ceza hukukunda çok büyük önem taşımakta ve esas bakımından da ceza hukuku ile anlam kazanmaktadır. Şöyle ki; topluluk halinde yaşamının getirdiği bir takım davranış kuralları açısından kişilere sorumluluk yüklenir ve sosyal yaşamın sürdürülebilmesi için de bu sorumlulukların yerine getirilmesi gereklidir. Dolayısıyla kişiler, ceza kanunlarında yer alan kaidelerin yüklediği görevleri yerine getirmediğinde, ceza hukuku bakımından yaptırıma uğrarlar. Cezai sorumluluk, bireylerin iradi olarak meydana getirdiği hukuka aykırı eylemlerin ceza hukuku bakımından yaptırımlara tabi olmasıyla ilişkilidir. Türk ceza hukuku bakımından kusurluluk ilkesi kabul gördüğü için de bu yaptırımın, ancak kusurluluk ilkesi kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmelidir. Çünkü bir kişinin cezai sorumluluğunun söz konusu olması ancak bu kişinin kusurlu olarak hareket etmesi şartıyla mümkündür. Bu bakımdan kusur, cezai sorumluluğun esasını oluşturan vazgeçilmez ilkelere dendir. Taksirli suçlar, kasten işlenen suçlara göre ayrı bir kategoride ele alınmaktadır. Hastaların yaralanması veya ölümü ile

⁹⁸³ Doğan SOYASLAN (2009), "Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu", *Sağlık Hukuku Digestası*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, S.1, s. 119-137.

sonuçlanabilen hatalar aynı zamanda suç teşkil etmektedir. Bu suçların çok istisnai halleri hariç hekimler tarafından taksirle işlendiği tespit edilmektedir.⁹⁸⁴

Taksir, kökleri Roma Hukuku'na dayanan⁹⁸⁵⁻⁹⁸⁶⁻⁹⁸⁷, o günden günümüze teknolojinin ve insan ilişkilerinin gelişmesiyle günlük hayatımızda sıkça yer alan bir kavram olup; trafik kazaları, iş kazaları veya malpraktis gibi pek çok alanda sorunların çözümlenmesinde ve faillerin cezalandırılması noktasında önem arz etmektedir.⁹⁸⁸ İslam Hukuku'nun kaynakları incelendiğinde, İslam Ceza Hukuku'nun sorumluluk konusunda kusuru aradığı ve kusuru da kendi içerisinde çok ince ayrımlarla derecelere ayırdığı görülür. Gerçekten, İslam hukukçuları, kast ve taksir ayrımı ile yetinmemişler kasti ve taksiri, günümüz hukuklarından daha fazla derecelere ayırmışlardır. Kur'an'ın geneli incelendiğinde, bir insana haksız ve fazla ceza verilemeyeceği ve bunun için de failin hukuki durumunun tam olarak

⁹⁸⁴ Bilge Nur ÜREKLİ (2017), *Tıbbi Müdahalede Hekimin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Beykent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, s. 1-4.

⁹⁸⁵ Sadri Maksudi ARSAL (1948), *Umumî Hukuk Tarihi-Eski Hind, İran, Atina ve İsparta'nın Hukukî Müesseseleri, Roma'nın Siyasî ve Hukukî Teşkilâtı, İçtimai ve İktisadî Bünyesi*. İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, s. 121. [Eski çağlarda aslında öldürme hiçbir aktöresel (etik, ahlaki) damga taşımadığından bilerek adam öldürme ile istemeden adam öldürme arasında hiçbir ayırım yapılmadığı söylenmesine rağmen Eski Yunan'da şiirlerde ve tarihi hikayelerde, bir şahsı iradi olmayarak öldürenlerin cezası sürgüne gitmek olarak anlatılmıştır. Gerçekten de Atina'da o dönem cürümlerin neveleri şu şekildeydi: Kastı katil – cezası idam (Nadiren nefiy ve müsadere), Kasıtsız katil – cezası bir sene için vatandan nefiy ve maktulün akrabasına diyet tediyesi.]

⁹⁸⁶ Majed ABU NAMUS (2011), *Türk ve Ürdün Ceza Hukukunda Taksir Kavramı ve Taksirle İşlenen Suçlar*. Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, s. 2. [Eti Yasalarına göre taksirle öldürme ve taammüden öldürme arasında fark vardır. Bu farkı anlatışları gerçekten ilginçtir. Örneğin irade dışı olarak bir vatandaş bir başkasını öldürmüştüğü "eli günah işler" şeklinde ifade edilirken, kasten öldüren için "başı günah işler" şeklinde ifade etmişlerdir. Verilecek ceza da bu duruma göre değişmektedir. Bu meydana getirilen ölüm olayında, kişinin iradesinin etkin rol almasını, başın bir sorumluluğu olarak tanımlamakta yani failin zihinsel anlamda neticeye etkili olması aranmaktadır. Lakin kişinin zihinsel olarak meydana gelen sonuçta bir etkililiği yoksa başın sorumluluğundan değil, elin sorumluluğundan bahsetmektedirler. Çünkü el, herhangi bir zihinsel faaliyetle alakalı olmayıp sadece hareketi meydana getirmeyi ifade etmektedir.]

⁹⁸⁷ Recai Galip OKANDAN (1956), *Romalıları Suç Telakki Ettikleri Fiiller ve Bunlara Tereddüp Eyleyen Cezalar* (Tahir Taner'e Armağan'dan Ayrı Bası). İstanbul, s. 12, *Aktaran* Majed ABU NAMUS 2011, age, 2011, s. 4. [Roma Ceza Hukuku'nda şahıslara karşı işlenen suçların en başında "parricidium" denilen adam öldürme gelmektedir. Bu suça ilk zamanlardan itibaren ölüm cezası kabul edilmiş ve On İki Levha Kanunları'nda aynen tekrarlanmıştır. Bu durum Pompeius dönemine kadar devam etmiş ve Pompeius'dan itibaren adam öldürme suçu hakkında sürgün cezası kabul edilmiştir. Roma Ceza Hukuku'nda önceleri taksirli suçlarla kasıtlı suçlar arasında bir ayırım yapılmadığı söylenmiş olsa da On İki Levha Kanunları'nda geçen "si telum manu fugit magis quam iecit" yani "silahlı kasıtlı atılmaktan çok silah elinden kaçarsa" denilerek kast taksir ayrımı yapılmış ve adam öldürme suçunun faili hakkında ölüm cezasının verilebilmesi için kast şartı aranmıştır. Zira Cicero "silahlı atmak istek sonucudur, istemeden birini vurmaya rastlantıya bağlıdır. Yasaların önünde eylemlerinize karşı koç ikame etmek gerekir." diyerek kasten adam öldürme ile gayri kasti adam öldürmenin cezasının aynı olmayacağını belirtmiştir.]

⁹⁸⁸ Nil Melek GÜLTEKİN-DİKEN (2018), *Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 14.

belirlenmesi gerektiği yani kusurun sübjektif olarak ortaya çıkarılması gerekliliğine verilen önemdir. Öncelikle belirtelim ki, taksir terimi, İslam Hukuku'nda hata ile ifade edilmektedir. Zaten bizim hukukumuzda da hata ile taksirin devamlı karıştırılması buradan kaynaklanmaktadır. İslam Hukuku'nda cezai sorumluluk, prensip olarak kastın mevcudiyetine dayandırıldığı için, kastın bulunmadığı taksirli suçlardan dolayı cezai mesuliyet öngörülmemekte yani hata (taksir) meşru bir özür kabul edilmektedir. Bu konuyu “Yanılarak (hataen) yaptıklarınızda size vebal yok, fakat kalplerinizin bile bile yöneldiğinde (taammüden) size günah vardır.” ayeti ile “Ümmetimden yanılma (hata), unutma ve zorlama (ikrah) ile yaptıkları şeylerden sorumluluk kaldırılmıştır” hadisi ortaya koymaktadır. Udeh, unutmanın mazeret olabilmesi için, bu fiilin işlenmesinde geçerli bir sebep bulunmasına ve unutan kişiye unuttuğunu hatırlatan kimselerin (veya başka şeylerin) bulunmaması gerektiğini belirtmekte ve özel olarak yasaklanan bir fiilin unutulmasının mazeret olmadığını, mazeret olabilmesi için yasak bir fiili unutarak işleyen kimseyi, o fiili işlemeye sevk eden tabii faktörlerin olması şartının yerine gelmesi gerektiğini belirtmiştir. Failin bir kaçınma, bir yapma mesuliyeti kabul olunabilmek için kaçınmaya imkân bulunması, fiili, irade ve ihtiyarı ile yapması veya yapabilmesi gerekir. Çünkü kusurun takdirinde ölçü, herkes için aynı olamaz. Zira, Kur'an, “Allah, insanı, ancak iktidarında olan şeyle mükellef tutar.” diyerek olaya muktedir olmanın aranması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁸⁹ Bu meyanda kişinin anlayamadığı, neticelerini önleyemeyeceği yani muktedir olamayacağını bilmesine rağmen bir işe teşebbüs etmesinin başlı başına sorumluluğuna yeter bir kusur oluşturduğu belirtilmiştir. Bu yüzden taksirin kusurun hafif derecesi olduğu, kastın ise kusurun en yoğun derecesi olduğu söylenmiştir.⁹⁹⁰

Son birkaç yüzyılda gerçekleşen bilimsel ve teknolojik ilerlemeler tıp alanına da yansımış, yeni geliştirilen her çeşit tıbbi ürün (aşı, ilaç, cihaz, vb.), uygulama ve teknik tanı/tedavi/koruma süreçlerinde daha fazla rol oynar hale gelmiştir. Bunun yanı sıra, başta hekimler olmak üzere bütün sağlık meslek mensuplarının tıbbi alandaki işlevleri günümüzde de büyük önem taşımaktadır. Bilinmelidir ki hemen her tıbbi müdahale hasta açısından belirli potansiyel risk/riskler taşımaktadır. Bu risk/riskler, komplikasyon (karmaşım) ya da tıbbi malpraktis (tıbbi kötü

⁹⁸⁹ Abdülkadir UDEH (1976), *İslam Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk*, Çev. Akif Nuri, İhya Yayınları, İstanbul, s. 748-749.

⁹⁹⁰ Majed ABU NAMUS 2011, age, s. 7.

uygulama/tıbbi uygulama hatası) şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Bütün bu olumsuz durumlar, insanın yaşamını kaybetmesi ile sonlanabilmekte ya da kalıcı bedensel/ruhsal hasarlara sebebiyet verebilmektedir.⁹⁹¹ Taksirin, sanayi, yol yapımı gibi insandan doğan faaliyetlerin gelişmesi, bu gelişmenin beraberinde yine insandan kaynaklı birtakım dikkatsizlikleri, tehlikeleri, kazaları ve zararlı neticeleri beraberinde getirmesi ve yaşanan zararlı neticelerin kişiler tarafından doğrudan istenmiş olmasalar dahi, öngörülebilir veya öngörülmuş neticelere rağmen gerekli dikkat ve özeni göstermeyen kişilerin cezalandırılması ihtiyacıyla doğduğu söylenebilir.⁹⁹² Ceza hukukunun ortaya çıktığı ilk dönemlerde, taksir kavramı hiç oluşmamış ve işlenen suçlar arasında kast-taksir-tesadüf ayrımı yapılmamıştır. Teknik gelişmeler artık modern insanın ortak malvarlığı haline geldiği ve dolayısıyla kendisinin bundan mahrum edilemeyeceği ve teknik, yeni avantajlar ve aynı zamanda yeni tehlikeler yaratarak gelişmeye devam ettiği için, hukukçular, hayati felce uğratmaya da neden olmadan ceza yaptırımı ile müdahale etmek suretiyle duruma hâkim olma girişiminde bulunmuşlar ve meşru risk (rischio lecito) denen teoriyi yaratmışlardır: madem ki her riskli faaliyet belli önlemler almak suretiyle yürütülmelidir; bu önlemler alındığı ve bunlara uyulduğu sürece ceza sorumluluğu olamaz ve bu faaliyetten doğan zararlı sonuçlar umulmayan hal olarak kabul edilir. Eğer bu önlemler uygulanabilecekleri halde uygulanmamışlarsa; bundan doğan zararlı sonuçlar, şayet kanun tarafından öngörülmişlerse taksirli suç teşkil edeceklerdir.⁹⁹³

Günlük hayatta trafik kazaları, iş kazaları, cerrahi müdahaleler nedeniyle sıklıkla karşılaşılan suç (taksirle öldürme suçu); 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, İkinci Kitap, İkinci Kısım, “Hayata Karşı Suçlar” başlıklı Birinci Bölümde olacak şekilde TCK’nın 85. maddesinde düzenlenmiştir.⁹⁹⁴ 1926 yılında yürürlüğe giren ve 2005 yılında 5237 sayılı Kanun yürürlüğe girene kadar uygulanan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda, taksirin tanımını açıkça yapan bir madde mevcut olmayıp, özel

⁹⁹¹ Hasan Tahsin KEÇELİGİL (2019), “Hekimin Taksirden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, *İçinde, Tıp Hukuku*, Zerrin Z ERKOL, Yakup Gökhan DOĞRAMACI, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Klinikleri, s. 19-29.

⁹⁹² Bilge Nur ÜREKLİ 2017, age, s. 21.

⁹⁹³ Tullio DELOGU (1987), “Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi”, Çev. Yüksel ERSOY, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 39 (1), s. 115-124, <https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php>, <https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php?pdf=0002223&lng=0>, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12575/48366?show=full>. ET. 12.05.2022

⁹⁹⁴ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 59-87.

hükümler kısmında bazı maddelerde failin taksirli hareketi cezalandırılmaktaydı. Bu kanunda da kast temel sorumluluk şekli olarak düzenlenmiş, taksir ise tanımlanmayarak yalnızca bazı suçlar bakımından istisnai bir sorumluluk türü olarak öngörülmüştü. Kurum tanımlanmamış ve ayrı bir maddede düzenlenmemiş olmasına rağmen, daha önce de ifade edildiği üzere, Kanun'un bazı maddelerinde doğrudan doğruya taksir kavramına yer verilmişti. Bu maddeler (ve özellikle 455. ve 459. maddeler) değerlendirildiğinde; taksir “tedbirsizlik, dikkatsizlik, kayıtsızlık, meslek veya sanatta acemilik veya tecrübesizlik, nizam, emir ve talimata veya kaidelere riayetsizlik” hallerinden biri şeklinde ortaya çıkmaktaydı.⁹⁹⁵⁻⁹⁹⁶

Türk Ceza Kanunu'ndaki tanıma bakıldığında, kast, kişinin eylemini kanuni tanımdaki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir. Taksir ise, kelime anlamıyla, “bir işi eksik yapma, bir şeyi yapabilirken çekinip yapmama, kusur etme” anlamlarına gelmektedir.⁹⁹⁷ Hukuki anlamda taksir esas itibariyle kişinin eylemini gerçekleştirirken dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olması ve neticeli suçlarda neticeyi öngörmesi gerekirken öngörmemiş olmasıdır. Ancak suçun bilinçli taksirle işlenmesi de mümkün olup, bilinçli taksir kişinin neticeyi istememesi ancak

⁹⁹⁵ Nil Melek GÜLTEKİN-DİKEN 2018, age, s. 70.

⁹⁹⁶ Tahir TANER (1949), *Ceza Hukuku-Umumi Kısım*, İstanbul, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 434, s. 325. [765 sayılı Kanun'da, suçun taksirle işlenebileceği hallerde örnek olarak; m.303 (Fırar maddesi memurun kayıtsızlık veya tedbirsizliğinden neşet etmiş ise memur hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası tertip olunur ...), m.383/1 (Bir kimse tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya sanat ve meslekte tecrübesizlik veya nizam ve emir ve kaidelere riayetsizlik neticesi olarak bir yangına veya infilaka veya batmağa ve deniz kazasına veya umumi bir tehlikeyi mutazammın tahribata ve musibetlere sebebiyet verirse otuz aya kadar hapse ve yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur), m.389/1 (Bir kimse tedbirsizlik veya meslek veya sanatında tecrübesizlik veya nizam ve emir ve kaidelere riayetsizlik neticesi olarak demiryolu üzerinde bir kaza vukuu tehlikesine meydan verirse üç aydan otuz aya kadar hapse ve iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye ve kaza vuku bulmuş ise beş seneye kadar ağır hapse ve yüz elli liradan aşağı olmamak üzere ağır cezayı nakdiye mahkum olur), m.399 (Geçen maddelerde yazılı fiillerden biri hataen veya kayıtsızlık veya meslek ve sanatta tecrübesizlik veya nizam ve emir ve talimata uymama sonucu olarak yapılmış ise faili 394 üncü maddede beyan olunan fiillerden dolayı altı aydan iki yıla kadar hapis, on bin liradan yetmiş beş bin liraya kadar ağır para cezası ve 395 inci maddede beyan olunan fiillerden dolayı altı aydan bir yıla kadar hapis ve on bin liradan elli bin liraya kadar ağır para cezası ve 396. ve 397. maddelerde yazılı fiillerden dolayı iki aydan altı aya kadar hapis ve üç bin liradan on beş bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır), m.455/1 (Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizam ve emir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren şahıs iki seneden beş seneye kadar hapse ve 250 liradan 2.500 liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur) ve m.459/1 (Her kim tedbirsizlik veya dikkatsizlik yahut meslek ve sanatta acemilik veya nizam, talimat ve emirlere riayetsizlik neticesi olarak bir şahsa cismen eza verecek veya sıhhatini ihlal edecek bir zarar iras eder yahut akli melekelerinde teşevvüş husulüne sebebiyet verirse ...) gösterilebilir.]

⁹⁹⁷ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Mehmet Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2019, Age, s. 319.

öngörmesi ve neticenin gerçekleşmeyeceğini düşünerek hareket etmiş olmasıdır.⁹⁹⁸

Taksir, TCK'nın 22. maddesinde düzenlenmiş olup, taksirin kanunda tanımlandığı

⁹⁹⁸ "...Genel nitelikteki bu açıklamalardan sonra somut olayımızı ele alacak olursak; müşteki ... ile sanık ... arasında çarpışma iddiasıyla çıkan tartışmada, sanığın müştekiye yumrukla vurduğu, müştekinin kısa bir süre sonra göğüs ağrısı şikayetiyle acil servise başvurduğu, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Kardiyoloji Anabilim Dalının 14.07.2005 tarihli EKG'de akut anteroseptal miyokart enfarktüsü olduğunun bildirildiği, müştekinin bu olaydaki yaralanması nedeniyle vücudunda travmatik lezyona rastlanmadığının belirtildiği, sonrasında Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesi tarafından tanzim olunan 30.11.2005 tarihli raporda ise 'olay öncesinde kişide kronik kalp damar hastalığının bulunduğu, kişinin olay günü maruz kaldığı olayın efor ve stresiyle kendinde mevcut kronik kalp damar hastalığının akut hale geçerek miyokart enfarktüsü geçirmesine neden olduğu, dolayısı ile olayla miyokart enfarktüsü arasında illiyet bağı bulunduğu' açıklanmış olup Mahkemece Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesinin raporunda belirtilen illiyet bağı sanığın gerçekleşen ağır ve başka sonuçtan sorumlu tutulması için yeterli kabul edilerek TCK'nın 87/1-d maddesinden cezalandırılması yoluna gidilmiştir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında somut olayı değerlendirecek olursak; olay günü sanığın müştekiye eliyle kasten vurup harici lezyon bırakmayacak ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde TCK'nın 86/2. maddesi kapsamında yaralaması sonucunda gerçekleşen ağır ve başka netice (miyokart enfarktüsü / kalp krizi sonucu yaşamın tehlikeye girmesi) bakımından olası kastla hareket ettiğinden söz etmenin mümkün bulunmadığı, ancak müştekinin yaşı da gözetildiğinde kalp krizi geçirebileceğinin objektif olarak öngörebildiği halde sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayarak eliyle kasten vurması sonucu buna bağlı, buna özgü ve beklenen bir tehlikenin değil çok daha farklı gerçekleşen ağır ve başka sonuç doğuran bu olayla ilgili olarak en azından taksirle hareket ettiği kabul edilerek, müştekideki kalp rahatsızlığının önceden sanık tarafından bilinip bilinmediği araştırılıp bilmediğinin anlaşılması durumunda sanığın basit taksirle yaralama suçundan TCK'nın 89/1-2. maddesiyle, bilmesi halinde bilinçli taksirle yaralamadan TCK'nın 89/1-2, 22/3. maddeleriyle cezalandırılması cihetine gidilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçeyle yazılı şekilde hüküm tesisi,

Kabule göre de;

5237 sayılı TCK'nın 53/4. maddesine göre 'kısa süreli hapis cezası ertelenen sanık hakkında TCK'nın 53/1. maddesindeki hak yoksunluklarının uygulanamayacağını' gözetilmemesi," isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

...

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanık Rüstem Şahin hakkında katılan ...'a yönelik kasten yaralama suçundan verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar itiraz edilmeksizin, sanık ... hakkında Rüstem Şahin ve ...'a yönelik kasten yaralama suçundan verilen ceza verilmesine yer olmadığına dair kararlar ise temyiz edilmeksizin kesinleşmiş olup direnme kararının kapsamına göre inceleme sanık ... hakkında katılan ...'a yönelik olası kastla yaralama suçundan kurulan mahkûmiyet hükmü ile sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar;

1- Sanığın eylemini olası kastla mı yoksa taksirle mi işlediğinin,

2- Olası kastla işlediğinin kabulü halinde; kısa süreli hapis cezası ertelenen sanık hakkında TCK'nın 53. maddesinin uygulanmasında isabet bulunup bulunmadığının,

3- Taksirle işlediğinin kabulü halinde;

a) Bilinçli taksir koşullarının oluşup oluşmadığının,

b) Katılından kaynaklanan haksız davranış bulunup bulunmadığının, haksız davranış bulunduğu sonucuna ulaşılmaması durumunda, sanık hakkında TCK'nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanamayacağını,

Belirlenmesine ilişkin ise de uyuşmazlık konularının görüşülmesi sırasında bir kısım Ceza Genel Kurulu Üyeleri tarafından talep edilmesi üzerine Ceza Genel Kurulu Başkanı tarafından uyuşmazlık, sanığın eyleminin kamu görevlisini silahla basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde kasten yaralama suçunu mu yoksa taksirle nitelikli yaralama suçunu mu oluşturduğu şeklinde yeniden belirlenmiş olup uyuşmazlık konuları bu doğrultuda değerlendirilmiştir.

...
765 sayılı TCK'daki objektif sorumluluk esasının yerine 5237 sayılı TCK'da haksızlığın bir gerçekleştirilme şekli olarak kast-taksir kombinasyonuna, yani netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara yer verilmiştir. Bu nedenle uyuşmazlığın çözümü için, 5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde, suçun manevi unsurları arasında gösterilen kast-taksir kombinasyonu, yani netice sebebiyle ağırlaşmış suç üzerinde durulmalıdır.

5237 sayılı TCK'nın "Netice sebebiyle ağırlaşmış suç" başlıklı 23. maddesi;

"(1) Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir" şeklindedir.

Buna göre; failin gerçekleştirdiği bir eylemde, kastettiğinden daha ağır veya başka bir sonucun meydana gelmesi halinde, sorumlu tutulabilmesi için, netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olmasının kabulü gerekmektedir. Fail, bu sonucun meydana gelmesinden taksirle bile sorumlu tutulamıyorsa, objektif sorumluluğun kaldırılmasının doğal bir sonucu olarak, sadece nedensellik bağının bulunuyor olması, neticeden sorumlu tutulması için yeterli olmayacaktır.

Öğretide, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ve görünüşte ya da gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak iki farklı şeklinin bulunduğu kabul edilmektedir. Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, failin hareketi sonucunda kastettiğinden daha ağır bir netice ortaya çıkmakta olup, gerçekleşen aşırı netice dolayısıyla bağımsız bir suç tipi ortaya çıkmaktadır. Örneğin, yaralama suçunda mağdurun ölmesi, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç halidir. Görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise, failin hareketi sonucunda suçun oluşması için aranan neticeden başka, niteliği de farklı olan daha ağır bir netice ortaya çıkmakta olup, gerçekleşen aşırı netice dolayısıyla temel suç niteliği aynı kalmakla beraber yalnızca ceza ağırlaştırılmaktadır. Örneğin, cinsel saldırı suçunda mağdurun bitkisel hayata girmesi, görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç halidir. (Zafer H, Ceza Hukuku-Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 5. Bası, İstanbul 2015, s.286 vd.; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, TCK Şerhi, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, c.3, s. 2484 vd.)

...

Bu itibarla Yerel Mahkemenin direnme kararına konu hükmünün, sanığın eyleminin kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, silahla basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte hafif şekilde kasten yaralama suçunu oluşturduğunun ve sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanma koşullarının bulunmadığının gözetilmemesi isabetsizliklerinden bozulmasına karar verilmelidir.

Somut olayda sanığın eyleminin kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, silahla basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte hafif şekilde kasten yaralama suçunu oluşturduğu ve katılandan kaynaklanan, sanığa yönelen herhangi bir haksız fiil bulunmadığı, bu nedenle sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanma koşullarının mevcut olmadığı sonucuna ulaşıldığından, olası kastla yaralama suçundan hükmedilen kısa süreli hapis cezası ertelenen sanık hakkında TCK'nın 53. maddesinin uygulanmasında isabet bulunup bulunmadığının ve taksirli suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanmayacağına, ayrıca tartışılmasına gerek görülmemiştir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Ankara 19. Asliye Ceza Mahkemesinin 02.05.2017 tarihli ve 33-394 sayılı direnme kararına konu hükmünün,

A) Sanığın eyleminin kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, silahla basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte hafif şekilde kasten yaralama suçunu oluşturduğunun,

B) Sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanma koşullarının bulunmadığının,

Gözetilmemesi isabetsizliklerinden BOZULMASINA,

2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİ EDİLMESİNE, 14.03.2019 tarihinde yapılan müzakerede her iki uyuşmazlık yönünden oy birliğiyle karar verildi."

Y.C.G.K, E: 2018/95, K: 2019/207, T: 14.03.2019, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWInEsBd88JGeXWysyHJxaMdw~~&=0.38740339265385937>. ET. 23.10.2022

madde açısından öğretide birtakım eleştiriler mevcuttur ve bunların da incelenmesi gerekmektedir.⁹⁹⁹

Kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir taksirli eylem cezalandırılmaz. Öztürk ve Erdem'e göre; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda sadece öldürme (m.85), yaralama (m.89), iflas (m.162), genel güvenliğin tehlikeye sokması (m.171), atom enerjisi ile patlamaya neden olma (m.173/2), trafik güvenliğini tehlikeye sokma (m.180), çevreyi kirletme (m.182), askeri tesisleri tahrip (m.307/3), savaş zamanı yükümlülüklerin yerine getirilmeme (m.322/2), devletin güvenliğine ilişkin bilgileri açıklama (m.329/3), yasaklanan bilgileri açıklama (m.336/3) ve casusluk (m.338) suçlarının taksirli biçimlerinin cezalandırılmasını öngörmektedir.¹⁰⁰⁰ Gültekin-Diken'e göre ise TCK'da taksirli biçimleri cezalandırılabilir suçlar şunlardır: Taksirle öldürme (m.85), taksirle yaralama (m.89), taksirli iflas (m.162), genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (m.171), taksirle radyasyon yayma (m.172/4), taksirle atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme (m.173/2), trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma (m.180), çevrenin taksirle kirletilmesi (m.182), taksirle zehirli madde katma (m.185/2), askeri tesisleri taksirle tahrip etme veya kullanılamaz hale getirme (m.307/3), taksirle devletin güvenliğine ve siyasi yararlarına ilişkin bilgileri açıklama (m.329), taksirle yasaklanan bilgileri açıklama (m.336), taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi (m.338) düzenlenmiştir.¹⁰⁰¹⁻¹⁰⁰²

⁹⁹⁹ Nil Melek GÜLTEKİN-DİKEN 2018, age, s. 16.

¹⁰⁰⁰ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2019, age, s. 455.

¹⁰⁰¹ Nil Melek GÜLTEKİN-DİKEN 2018, age, s. 78.

¹⁰⁰² Suç: Taksirle öldürme, görevi kötüye kullanma

Hüküm: 1) Sanık... hakkında beraat,

2) Sanık ... hakkında:

a) Görevi kötüye kullanma suçundan beraat,

b) Taksirle öldürme suçundan: TCK'nın 85/1, 62/1, 50/1-a, 52/2-4. maddeleri gereğince mahkûmiyet Taksirle öldürme ve görevi kötüye kullanma suçlarından sanık ... beraatine, sanık ... görevi kötüye kullanma suçundan beraatine ve taksirle öldürme suçundan mahkûmiyetine ilişkin hükümler, sanık ... müdafii ve katılan vekili tarafından temyiz edilmekle ve sanıklar müdafinin temyiz isteminin sanık ... hakkındaki mahkûmiyet hükmüne yönelik olduğu belirlenmekle dosya incelenerek gereği düşünüldü: 1-Sanık... taksirle öldürme ve görevi kötüye kullanma, sanık ... ise görevi kötüye kullanma suçlarından beraatine ilişkin hükümlere yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde:

Yapılan yargılama sonunda, yüklenen suçlar açısından sanığın kast ve taksirinin bulunmadığı, gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılan vekilinin mahkûmiyete hükmedilmesi gerektiğine ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle, beraate ilişkin hükümlerin isteme uygun olarak ONANMASINA,

2-Sanık ... taksirle öldürme suçundan mahkûmiyetine ilişkin hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde:

11.02.2010 tarihinde araç dışı trafik kazası nedeniyle götürüldüğü ... Hastanesinde Acil Servisinde sanık doktorlar tarafından yapılan muayene ve tetkikleri sonucunda eve gönderilen ... bir kaç saat sonra şuurunu kaybedip tekrar ...Hastanesi acil servisine götürülmesi üzerine, beyin kanaması teşhisi ile acilen operasyona alınmasını müteakiben 64 gün yoğun bakımda yattıktan sonra ölmesi şeklinde

Genel olarak Türk doktrininde ve Yargıtay içtihatlarında kabul edilen sisteme göre bir suçun taksirle işlenebilmesi için; “fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, hareketin iradi olması, neticenin öngörülebilir (tahmin edilebilir) olması, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir hareketin bulunması, hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması ve neticenin istenmemiş olması” aranır.¹⁰⁰³ Taksirin unsurları bakımından, özellikle Alman doktrininin etkisiyle Türk doktrininde klasikleşmiş taksir incelenme şekliyle ayrılarak farklı bir yol izlendiği

gerçekleşen olayda, dosya içindeki 09.03.2011 tarihli ... İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen raporda trafik kazasına bağlı gelişen yaralanma ve komplikasyonlar sonucunda meydana gelen ölüm olayında, acil serviste çekilen direkt kafa grafisinde kırık görülmesi de kişinin Heparin kullandığı, yaşlı olduğu böyle durumlarda takiplerinin tam yapılması gerektiği, kayıtların tam yapıldığına yönelik tıbbi kanıtlarının olmadığı, bunun bir eksiklik olduğu, klinik izlemde müşahede altında en az 24 saat tutulması gerektiği, ya da kranial BT çekilmesi gerektiği bunların yapılmamasının bir eksiklik olduğunun belirtildiği, 24.02.2013 tarihli Yüksek Sağlık Şurasınca düzenlenen raporda ise, 73 yaşında daha önceden geçirilmiş koroner bypass ameliyatı ve anti agregan kullanma öyküsü olan hastanın trafik kazası sonrası acil servise geldiğinde muayene edip grafilerini çeken Nöroşirürji konsültasyonu isteyerek uzman hekimi yönlendiren ve hastayı eksterne eden sanık Dr. ... eylemlerinin tıp kurallarına uygun olduğu cihetle Dr. ... kusur atfedilemeyeceğine, ancak; uzman doktor sanık ... trafik kazası nedeniyle gelen hastayı ilk müracaatında nöroşirürji yönünden değerlendirirken hastanın yaşı ve kendisinde mevcut olan hastalığını da göz önüne alarak değerlendirmesi gerektiğinin, bu durumda hastaya bilgisayarlı beyin tomografisi çektirmesi gerekirken bunu yapmadığının, ancak BT çektirmesi halinde bile erken dönemde intraserebral kanama tespit edilemeyebileceğinin, bu durumda da hastanın gözlem altında kalmasının uygun olacağına, dolayısıyla hastayı kısa sürede gözlemde tutup nöroşirürji yönünden acil müdahale gerekmediğini belirten sanığın kusurlu olduğunun belirtilmiş olması karşısında, meydana gelen ölüm olayı ile sanığın eylemi arasında illiyet bulunduğu, mahkemece suç vasfının tayininde herhangi bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşılmakla;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık müdafii ile katılan vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

1-Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 07/07/2009 tarih 2009/9-62-191 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde TCK'nın 61/1. maddesinin (f) bendinde yer alan "failin kastının yoğunluğu" gerekçesine dayanılmayacağına gözetilmemesi,

2-Sanığa tayin edilen adli para cezasının taksitlendirilmesi sırasında her bir taksit aralığının gösterilmemesi,

Kanuna aykırı olup, hükmün bu nedenlerle 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA; ancak, yeniden yargılamayı gerektirmeyen bu hususlarda, aynı Kanunun 322. maddesi gereğince karar verilmesi mümkün olduğundan, aynı maddenin verdiği yetkiye istinaden; sanık ... ilişkin hüküm fıkrasının (B) bendinin ilk paragrafında yer alan "kastın yoğunluğu" ibaresinin çıkartılması; adli para cezasının taksitlendirilmesine ilişkin hüküm fıkrasında yer alan "24 eşit" ibaresinden önce gelmek üzere "her ay olmak üzere" ibaresinin eklenmesi suretiyle, sair yönleri usul ve kanuna uygun bulunan hükmün isteme uygun olarak DÜZELTİLEREK ONANMASINA, 12.05.2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Y.12.CD, E: 2014/19009, K: 2015/7968, T: 12.05.2015, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWInEsBd88JGeXUrqf7RYFfVQ~~&=0.7828513284050309>. ET. 23.10.2022

¹⁰⁰³ YCGK, E: 2013/12-11, K: 2014/139, T: 25.03.2014, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWInEsBd88JGeWMjvND2K8SXQ~~&=0.11902606917712055>. ET. 14.05.2022

[Öğretide de benimsendiği üzere, Ceza Genel Kurulunun birçok kararında taksirin unsurları; 1) Fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, - 2 Hareketin iradi olması, - 3) Sonucun istenmemesi, - 4) Hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması, - 5) Sonucun öngörülebilir olmasına rağmen öngörülemediği olması, şeklinde kabul edilmektedir.]

görülmektedir. Alman doktrininde ve bu anlayışı takip eden Türk yazarların eserlerinde ise, taksirin değil, taksirli suçların unsurlarından söz edilmekte ve genelde bu unsurlar, taksirli suçların tipikliğe (veya haksızlığa) ilişkin unsurları ve hukuka aykırılık unsuru olarak iki temel başlık altında incelenmektedir. Tipiklik başlığı altında ise objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış ile öngörülebilir neticenin objektif isnat edilebilirliği incelenmektedir.¹⁰⁰⁴ Bunu başka bir deyişle şöyle ifade etmek mümkündür: Taksirin unsurları, 765 sayılı Kanun döneminde, genel olarak fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, hareketin iradi olması, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık, neticenin öngörülebilir nitelikte olması, neticenin istenmemiş olması ve hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması şeklinde incelenmekteydi.¹⁰⁰⁵⁻¹⁰⁰⁶⁻¹⁰⁰⁷⁻¹⁰⁰⁸⁻¹⁰⁰⁹⁻¹⁰¹⁰⁻¹⁰¹¹⁻¹⁰¹² 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, Türk doktrininde tedrici olarak taksirin çifte fonksiyonunun mevcut olduğu görüşü kabul edilmeye başlanmıştır.¹⁰¹³ Bu görüşe göre taksirli suçların unsurlarının haksızlığa ilişkin unsurlar ve kusura ilişkin unsurlar olarak ikiye ayrılması gerekmekte olup; taksirli suçlarda tipikliğin unsurları; özen yükümlülüğüne aykırı davranış, neticenin objektif isnat edilebilirliği ve öngörülebilirliği; kusurluluğa ilişkin unsurlar ise neticenin kişisel olarak öngörülebilirliği ve özene uygun davranışın beklenebilirliğidir.¹⁰¹⁴⁻¹⁰¹⁵⁻¹⁰¹⁶ Heinrich ise taksirin unsurları konusunu şu şekilde ele almış ve özetlemiştir: Taksirli fiilin incelenmesinde üçlü ayırım yapılması (kasıtlı suçların incelenmesinde olduğu gibi) konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Tartışmalı olan husus, özen yükümlülüğünün suçun yapısı içerisinde nereye yerleştirilmesi gerektiği meselesidir. Şu olasılıklar söz konusudur: a) Özen yükümlülüğünün tekil olarak ve tipikliğin unsuru olarak işlenmesi,- b) Özen yükümlülüğünün tekil olarak ve kusurun unsuru olarak işlenmesi,- c) Özen yükümlülüğünü objektif ve sübjektif unsurlara ayırma ve objektif

¹⁰⁰⁴ Nil Melek GÜLTEKİN-DİKEN 2018, age, s. 17.

¹⁰⁰⁵ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 443-454.

¹⁰⁰⁶ Hasan Tahsin KEÇELİGİL (2016), *Türk Ceza Hukukunda Taksirin Esasları*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 91-99.

¹⁰⁰⁷ Kayıhan İÇEL 2016, age, s. 443-453.

¹⁰⁰⁸ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ 2019, age, s. 473.

¹⁰⁰⁹ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 261.

¹⁰¹⁰ Muharrem ÖZEN 2017, age, s. 381.

¹⁰¹¹ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2019, age, s. 455-462.

¹⁰¹² Timur DEMİRBAŞ 2018, age, s. 391-405.

¹⁰¹³ Hasan Tahsin KEÇELİGİL 2016, age, s. 91-99.

¹⁰¹⁴ Volkan Murat DÜLGER 2021, age, s. 427-453.

¹⁰¹⁵ İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 256-274.

¹⁰¹⁶ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age, s. 182-226.

özen yükümlülüğü ihlalini hukuka aykırılığın, sübjektif özen yükümlülüğü ihlalini kusurun unsuru olarak kabul etme,- d) Özen yükümlülüğünü objektif ve sübjektif unsurlara ayırma ve objektif özen yükümlülüğü ihlalini tipikliğin unsuru, sübjektif özen yükümlülüğü ihlalini kusurun unsuru olarak kabul etme.¹⁰¹⁷ Hukuk terminolojisinde taksir kavramı en genel tabiriyle, failin suç tanımına uyan, hukuka aykırılık teşkil eden fiile iradi bir hareketle sebebiyet vermesi ve hareket sonucu ortaya çıkan neticeyi öngörmemiş ya da öngörse dahi istenmemiş olmasıdır.¹⁰¹⁸ Taksirin cezalandırılacağına ilişkin kanunda hüküm bulunması ile dikkat ve özen yükümlülüğü varlığı farklı şeylerdir. Taksirin cezalandırılacağına ilişkin kanunda hüküm bulunsa bile dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi halinde veya yapılan hareket bakımından dikkat ve özen ödevi yoksa kişiyi meydana gelen zararlı suçtan cezalandırmak mümkün olmayacaktır. Örneğin, tehlikeli nitelikteki faaliyetlerde sırf bu faaliyetlerde bulunmak ya da bu faaliyetlerin normal sonucu olarak bir zararın ortaya çıkması kişilerin sorumluluğunu doğurmayacaktır.¹⁰¹⁹

Normal bir doktorun yapmayacağı hatalar, kötü uygulamalar, yetersiz gözlem, eve erken gönderme, müdahalede gecikme, gecikmeli sevk, hatalı ve dikkatsiz tedavi, yetersiz teşhis, yasalara aykırı uygulama, yanlış teşhis ve tedavi, ameliyat öncesi ve sonrası gelişen komplikasyonlar, hastane idaresinin hataları, hatalı enjeksiyon, hatalı laboratuvar tetkikleri, teşhis ve tedavi hatası, müdahale etmeme, hastanın vücudunda yabancı madde unutma, eksik ön muayene ve yetersiz hasta öyküsü alma, teşhise yönelik gerekli tetkiklerin yapılmaması, yanlış tedavi yöntemi seçme, kontrol ve gözetim hatası, tedavi sonrası danışma ve tavsiye hataları, yanlış ilaç verme ve hasta karıştırma, ölçsüz tıbbi müdahale, bir komplikasyonun fark edilmemesi, hatalı ameliyat tekniği, teknik aletlerin kullanılmasında yapılan hatalar, enjeksiyon ve hijyen kurallarına uymama, organizasyon kusuru gibi normal bir doktorun veya doktor grubunun yapmayacağı hataları yaparak hastanın ölümüne sebebiyet verilmesi halinde taksirle ölüme sebebiyet söz konusu olacaktır (TCK m.85). Eğer hareketin sonucu zararlı netice öngörülmüş, ancak istenmemişse hekim bilinçli taksirden dolayı sorumlu olacak ve cezası artırılabilecektir (TCK m.22/3).¹⁰²⁰

¹⁰¹⁷ Bernd HEINRICH (2014), *Ceza Hukuku-Genel Kısım/II*, Çev. Yener ÜNVER, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 72-73.

¹⁰¹⁸ Bilge Nur ÜREKLİ 2017, age, s. 41.

¹⁰¹⁹ Nebahat KAYAER 2000, age, s. 292.

¹⁰²⁰ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 119-137.

Mesleki taksir olarak değerlendirilebilecek durumlar, tıp mesleğinin icrasında uyulması gereken kurallara uygun davranmamaktır. Bunlar, yanlış teşhis veya tedavi, tedavide gecikme, gerekli olmayan bir cerrahi müdahale yapma, tehlikeli veya elverişsiz bir anestezi kullanma veya gerektiğinde acil tedbirlere başvurmama olabilir.¹⁰²¹ Yargıtay'a göre, "Doktor ve hastane, hastasının zarar görmemesi için,

¹⁰²¹ "Sanık S.Y. hakkında taksirle ölüme sebep olma suçundan açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonucunda, sanığın "taksirle ölüme sebep olma suçu açısından kusurunun bulunmaması" gerekçesiyle 5271 Sayılı Ceza Yargılaması Yasasının 223 üncü maddesinin 2'nci fıkrasının (c) bendi uyarınca beraatına ilişkin, Ankara 25. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 3.6.2010 gün ve 529-875 Sayılı hükmün katılan vekiliyle katılma talebi yerel mahkemece reddedilen N. E. vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen

Yargıtay 12. Ceza Dairesince 05.10.2011 gün ve 11309-2359 sayı ile;

"... 1- Katılma talebi mahkemece tarafından reddedilen N. E. vekilinin temyiz itirazları üzerine yapılan incelemede; N. E.'nin suçtan doğrudan doğruya zarar görme ihtimali olmaması sebebiyle davaya katılma hakkı bulunmadığından temyiz isteminin reddine,

2-) Katılan vekilinin temyiz itirazlarına dair olarak,

Katılan vekilinin sanığın kusurlu olduğuna, kusur durumu hakkında yeniden rapor alınması gerektiğine dair yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün istem gibi ONANMASINA...",

Karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 2.12.2011 gün ve 396352 sayı ile;

"... 26.02.2005 tarihinde sanık tarafından ölenin safra kesesi ameliyatının yapıldığı, ameliyattan bir gün sonra sevk edildiği Ankara Üniversitesi İbni Sina Hastanesi Genel Cerrahi Yoğun Bakım Ünitesinde on gün kontrol altında tutulduktan sonra 9.3.2005 tarihinde öldüğü dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır.

Adli Tıp Grup Başkanlığı 1. İhtisas Kurulunca düzenlenen 24.08.2005 tarih ve 2071 Sayılı raporda; A. G.'in ölümünün, tedavi gördüğü kurumun hastane evrakı göz önünde bulundurulduğunda, kolesistektomi esnasında safra gastrointestinal sistem kanamasına bağlı hipovolemiyle perfüzyon bozukluğu ve komplikasyonları sonucu meydana geldiği belirlenmiştir.

Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun 23.06.2006 tarih ve 3029 numaralı raporunda ise, 25.02.2005 tarihinde taşlı kese tanısı konularak kapalı yöntemle kolesistektomi uygulamasına gidilmesinin ve yapışıklıklar sebebiyle açık operasyona geçilmesinin tıbben doğru olduğu, kişiye uygulanan kolesistektomi sonrasında post op erken dönemde bilirubinlerin yükselmesi sebebiyle fakülteye sevk edilmesinin yerinde olduğu, fakültede yapılan ileri tetkikler sonucu operasyonda da teyit edilen koledok yaralanmasının ilk ameliyat sırasında oluşmuş olduğu, ancak porselen kese ve anatominin bozulmuş olduğu dikkate alındığında bu tür yaralanmaların olabileceği ve bu gibi durumlarda imkan varsa ameliyat sırasında safra yollarının görüntülenmesi ile bu yaralanmanın azalabileceğinin tıbben bilindiği, safra yollarını görüntüleyebilen kolanjiografi aletinin hastanede bulunmasına rağmen kullanılmamış olduğu, kullanılmasının daha uygun olacağı mütalaa edilmiştir.

Yüksek Sağlık Şurasının 08.01.2010 tarih ve 12395 Sayılı raporunda; dosyadaki bilgi, belge ve bulguların değerlendirilmesi sonucu yapılan ameliyatın endikasyonunun doğru olduğu, ameliyat sırasında kolanjiografinin şart olmadığı, ameliyat sonrası gelişen olayın komplikasyon olması sebebiyle S.Y.'in kusurunun olmadığına, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde yapılan işlemler sırasında Hacettepe Tıp Fakültesi Hastanesinde yaptırılan ercp sonrası kanamanın bir komplikasyon olduğu, fakat bu işlem sonrası hasta yatağında iken melenanın fark edildiği 04.03.2005 gününden 07.03.2005 tarihine kadar hastaya müdahale edilmediği, skleroterapi sonrası hastanın hemen ameliyata alınmasının uygun olmadığı, ilk ercp yerine ptk yapılmasının daha iyi olabileceği, komplikasyonlu hastanın komplikasyonunun iyi idare edilmediği, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesindeki sorumluların kusurlu olduğu rapor edilmiştir.

...

Taksir, öğretide; failin suç tipindeki neticeye yönelik kast içerisinde olmadan ve fakat zorunlu olduğu özeni gösterdiği takdirde neticenin meydana gelmesi olanaklı bulunmayan hallerde tespit edilmiş suç tipini hukuka aykırı olarak ihlal etmesi hali olarak tanımlanmıştır. (Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku-

Genel Hükümleri, c.2, s. 336; Turan Tufan Yüce, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, s. 59; Faruk EREM, Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler, c. 1, s. 501)

Uygulamada; Ceza Genel Kurulunun birçok kararında da taksirin unsurları;

- 1-) Fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması,
- 2-) Hareketin iradi olması,
- 3-) Neticenin iradi olmaması,
- 4-) Hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması,
- 5-) Neticenin öngörülebilir olmasına rağmen öngörülememiş olması, şeklinde kabul edilmektedir.

...

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Safra kesesinde taş bulunan ölenin özel hastanede genel cerrah olarak görev yapan sanık tarafından laparoskopik yöntemle kapalı olarak başlanan, ancak dokuların yapışık olması ve iyi görüntü alınmaması sebebiyle açığa dönülerek gerçekleştirilen ameliyatı sırasında, hastanede bulunan görüntüleme cihazının kullanılmaması, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu raporunda bu tür ameliyatlarda anılan cihazın kullanılmasının iyi olacağının belirtilmesi, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunca da ölüm nedeninin, "kolesistektomi esnasındaki safra kanalı yaralanması sonucu tanı amacıyla yapılan ercp uygulaması sonrası gelişen gastrointestinal sistem kanamasına bağlı hipovolemiyle perfüzyon bozukluğu ve komplikasyonları" olduğunun tespit edilmesi karşısında ölüm olayında temel olgunun sanık tarafından yapılan ameliyat esnasındaki koledok kanalı kesisi olduğunun kabul edilmesi gerektiği, ilk ameliyatta görev yapan tanıkların, sanığın ameliyata laparoskopik yöntemle kapalı olarak başladığını, ancak ilerleyen süreçte dokuların yapışık bulunması ve iyi bir görüntü sağlanamaması sebebiyle risk almak istemediğini belirterek açık ameliyata geçtiğini beyan etmeleri, sanığın da öleni İbni Sina Hastanesine sevk ederken düzenlemiş olduğu epikriz raporunda, "safra kesesine iki adet kanalın açıldığını, lücka kanalı olabileceğini düşündüğü kanalı kestiğini" belirtmesi, Ankara İl Sağlık Müdürlüğüne yürütülen idari soruşturma aşamasında düzenlenen raporda, "bu tür vakalarda üst ucun bazen çok ince olabileceğini akla getirip, gerekirse keseyi açıp içinden bir stent sokarak, kontrol ederek, yahut o kanala hiç dokunmadan kesenin yarım çıkarılmasıyla yetinmemiştir" belirlemesine yer verilmesi, bu tespitten sanığın lücka kanalı olduğunu değerlendirerek kestiği kanalın aslında koledok olduğu ve görüntüleme cihazının kullanılması halinde bu durumun anlaşılabilmesi, İbni Sina Hastanesindeki 2. ameliyatı gerçekleştiren Prof. Dr. N. E. ve Prof. Dr. S. E.'ün, "sanığın ilk ameliyat esnasında hata yaptığını ve kesilmemesi gereken bir bölümü kestiğini fark edip kendilerini aradığı" şeklindeki beyanları, Genel Cerrahi Uzmanı Prof. Dr. T. T., Gastroenteroloji Uzmanı Prof. Dr.K. B. ve Adli Tıp Uzmanı Dr. T. Y.'dan oluşturulan bilirkişi heyeti raporunda da; "operasyon esnasında mirizzi sendromu sebebiyle koledok kanalı yaralanması olduğu, bu durumun laparoskopik kolesistektomi ameliyatlarında görülebilecek bir komplikasyon olduğu, ameliyat esnasında operatörün uygulayabileceği intraoperatif kolanjiografi gibi bir görüntüleme yönteminin bu yaralanmayı gösterebileceği" açıklaması karşısında; sanığın, kendi bilgi ve tecrübesine güvenip, hastanede bulunan kolanjiografi görüntüleme cihazını kullanmayarak laparoskopik yöntemle kapalı olarak başladığı, ancak yeterli görüntü alınmaması sebebiyle açık şekilde gerçekleştirdiği ameliyat esnasında, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek koledok kanalını lücka kanalı zannedip kesmesi neticesinde gelişen komplikasyonlar sonucu meydana gelen ölüm olayında kusurlu olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla, sanığın taksirle öldürme suçundan cezalandırılması yerine kanıtlara ve dosya içeriğine uygun olmayan gerekçeyle beraatına karar veren yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararı isabetli bulunmadığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün BOZULMASINA karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyeleri ise; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddi yönünde karşı oy kullanmışlardır

Açıklanan nedenlerle;

- 1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne,
- 2- Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 05.10.2011 gün ve 11309-2359 Sayılı onama kararının kaldırılmasına,
- 3- Ankara 25. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 03.06.2010 gün ve 529-857 Sayılı kararının sanığın taksirle ölüme sebep olma suçundan cezalandırılması yerine beraatına karar verilmesi isabetsizliğinden (BOZULMASINA),
- 4- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına (TEVDİİNE), yapılan ilk müzakerede yasal çoğunluk sağlanmadığından, yapılan 2. müzakerede oy çokluğuyla karar verildi.

mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmalı ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil Borçlar Kanunu'nun 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise, doktor ve hastane sorumlu tutulmamalıdır.” (Yargıtay 13. H.D. 2008/4519 E. Ve 2008/10750 K. sayılı içtihadı).¹⁰²²

Taksirli suçlarda diğer tüm suçlarda olduğu gibi, suç hareket ile başlar, ancak taksirli suçlarda hareketin meydana getirdiği sonuç istenmeyen bir sonuçtur. Mesela bir hekimin esas görevi hastalarını iyileştirmek ve acılarını hafifletmek konusunda yardımcı olmak, üzerine düşeni yapmaktır. Görevinin kapsamı bu doğrultudadır. Eğer ki hekim hastanın daha kötü bir hale gelmesine hatta ölmesine sebep olur ise buradaki netice mesleğinin doğası gereği hekim tarafından istenmeyen bir netice olacaktır.¹⁰²³ Kişinin taksirle hareket edip etmediğinin tespitinde her olay kendi içinde değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme özellikle taksirli hareketi gerçekleştiren kişinin çağdaş iş bölümü, uzmanlaşma ve bilgi standardı, eğitim, yaş, bedensel durumu gibi özelliklerine bakılarak yapılmalıdır. Çünkü taksirli suç oluşturana temel unsur olarak öngörülebilirlik kabiliyetinin failde mevcut olup olmadığının tespiti yapılacaktır.¹⁰²⁴ Öyle ki bir başka fail açısından aynı şekilde

YCGK, E: 2011/12-578, K: 2012/43, T: 14.02.2012, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWInEsBd88JGeXOGYJaWLkTGQ~~&=0.9163744327286112>. ET. 23.10.2022

¹⁰²² Hasan Tahsin KEÇELİGİL 2019, age, s. 19-29.

¹⁰²³ Bilge Nur ÜREKLİ 2017, age, s. 42-43.

¹⁰²⁴ Nur CENTEL ve Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 238. [Centel ve arkadaşlarına göre, TCK'daki taksir tanımı eksiktir. Öncelikle, failin dikkat ve özen yükümlülüğünün çerçevesi tanımda gösterilmeliydi. Örneğin, taksirin tanımlandığı Avusturya Ceza Yasası m.6'da şöyle denilmektedir: “Hal ve koşullara göre yükümlü olduğu ve akli ve bedeni durumuna göre ehil olduğu ve kendisinden beklenecek özeni göstermeyen ve bu nedenle yasadaki tanıma uyan bir neticeyi gerçekleştirebileceğini öngörmeyen taksirli davranmıştır. Ayrıca, gerçekleşmesini istemese de öyle bir

cereyan eden olayın neticesi öngörülemezdir. Böyle bir durumda da hakkaniyet gereği taksirli hareketinin cezai sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.¹⁰²⁵

Mesleği icra edenlerin yapmış oldukları hareketlerdeki kusur mevcudiyeti genel ceza kanunlarına göre değerlendirilir. Buradaki esas nokta genel taksirin temel unsuru olan öngörülebilirliğin mesleki taksir bakımından taşıdığı önemdir. Hekimlik kusuru şeklinde bağımsız bir taksir biçimi mevcut düzenlemeler içinde yoktur. Hekimin hareketini değerlendirirken TCK'nın 85. ve 89. maddeleri göz önüne alınacaktır.¹⁰²⁶

Herhangi bir suçun varlığından söz edilebilmesi için, öncelikle yapılan hareketin iradi olması gerekir ve kasten işlenen suçlarda hareketin ve neticenin iradi olması ile istenmesi aranırken; taksirli suçlarda yalnızca harekete yönelik bir iradenin ve istemenin bulunması yeterlidir.¹⁰²⁷ Kastten işlenen neticeli suçlarda irade, hukukun

netice doğacağını öngören de taksirli davranmış demektir. Burada, failin dikkat ve özen yükümlülüğünün çerçevesi üç kavramla çizilmiştir: 1) Hal ve koşullara göre özen göstermekle yükümlü olma, - 2) Akli ve bedeni durumuna göre özen göstermeye ehil olma, - 3) Özen gösterme kendisinden beklenene olma. Hukukumuzda, söz konusu hususlar uygulamada göz önüne alınmaktadır. Ancak, her tanım bir sınır getirdiğine göre, bundan sonraki uygulamada tereddütlere sebebiyet vermemek için 5237 sayılı TCK m.22'de de failin dikkat ve özen yükümlülüğünün çerçevesi benzer biçimde çizilmeliydi. Öte yandan, tanımda fiil yerine davranış kelimesine yer verilerek, hem hukuki olmayan bir terim kullanılmış ve hem de Yasa'daki terim birliği ihlal edilmiş olmaktadır.]

¹⁰²⁵ Bilge Nur ÜREKLİ 2017, age, s. 42-43.

¹⁰²⁶ Age, s. 44.

¹⁰²⁷ YCGK, E: 2008/1-150, K: 2008/192, T: 15.07.2008, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeVKf!Ky+c5v5A~~&=0.8008164263161954>. ET. 14.05.2022

[765 sayılı Yasa döneminde; her cürüm için, o suç kalıbında tanımlanan ya da belirlenen davranışla bu davranışın sonucunu bilmek ve karar verip irade etmek veya öngörülen ve suç oluşturan bir fiili gerçekleştirmeye yönelen irade anlamına gelen kast, 5237 sayılı Yasa sisteminde kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. Bu sistemde; sadece hareket ve neticenin değil, suçun kanuni tanımındaki tüm maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi kastın varlığı için zorunludur. Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde ise olası kasttan söz edilebilir. Kural olarak, suçlar ancak kasten işlenebilir.

Gerek 765 sayılı Yasa'da, gerekse 5237 sayılı Yasa'da "öldürme" suçu taksirle işlenebilecek suçlar arasında düzenlenmiştir. 765 sayılı Yasanın 455. maddesinde; "Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizamata ve evamir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne neden olma..." biçiminde yer alan bu suç, 5237 sayılı Yasanın 85. maddesinde düzenlenirken, taksirin tanımı aynı Yasanın 22/2. maddesinde yapılmıştır. Buna göre; "Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir." Bu durumda, taksirli suçlarda gerçekleştirilen haksızlıklarda da fail iradi davranmakta, ancak, hukuken önem taşımayan bir neticeyi öngörürken, hukuken önem taşıyan başka bir neticenin meydana gelmesine neden olmaktadır. Öngörülemeyen bu neticenin meydana gelmesine failin objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sebep olur. Yani, taksirli suçun haksızlık unsurunu, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali oluşturmaktadır.

5237 sayılı Yasanın getirdiği sistemde, taksirli haksızlıktan dolayı sorumluluk için fail kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat, özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır.

önem verdiği neticeye yönelmişken, taksirle işlenen neticeli suçlarda bu irade hukuken önem arz etmeyen bir neticeye yönelik olup, kişiye yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılması sebebiyle hukuken önem arz eden başka bir netice de meydana gelmektedir.¹⁰²⁸

İcrai hareketlerle işlenen taksirli suçlarda hareketin iradi olduğu hususunda herhangi bir sorun bulunmamakla beraber, ihmali hareketlerle işlenen suçların taksirli suçlara konu teşkil edip etmeyeceği, hareketsizliğin ve ihmalin iradi olup olamayacağı öğretide tartışmalı bir husustur. Örneğin, hareketsizliğin iradi olamayacağı, ameliyat sırasında hastanın karnında makas unutan operatörün bu unutkanlığının nasıl iradi olduğunun ileri sürülebileceği sorulmuştur. Ancak bu durumda da fail dikkatli davranmak ve unutmamak için gerekli özeni göstermek durumunda olduğundan, bunu yapmamakla iradi davrandığı ileri sürülmüş, sadece bilincini yitirme gibi nedenlerle bu yanlışlığa sebebiyet verme halinde hareketin iradi olmayacağı kabul edilmiştir.¹⁰²⁹ Fiil teorileri genel olarak değerlendirildiğinde, kasıtlı ve icrai hareketle işlenen suçların açıklanması bakımından ontolojik teorilerin yeterli olabileceği kabul edilebilirse de taksirli veya ihmali hareketle işlenen suçlar bakımından muhakkak ki normatif bir değerlendirmeye ihtiyaç vardır. Zira taksirli suçlarda kanun koyucu tarafından öngörülmüş bir norma, dikkat ve özen yükümlülüğüne uymama, ihmali suçlarda ise kanun koyucunun yapılmasını emrettiği bir davranışı yerine getirmeme hali söz konusudur. Bu itibarla bu tür fiillerin açıklanabilmesi bakımından şüphesiz ki hukuki normlara ihtiyaç vardır. Bir kimsenin doğabilecek olumsuz bir neticeyi doğrudan istemeksizin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, kanun koyucunun kendisine yapmasını emrettiği bir konuda hareketsiz kalması ve iradi şekilde ihmalen bir hukuk normunu ihlal ederek taksirli bir suç işlemesi mümkündür. Zira iradeden bahsedebilmek için mutlaka icrai bir davranışın mevcudiyetini aramaya gerek olmayıp, bir kimsenin iradi olarak hareketsiz kalması ve kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermeyerek,

Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır. Burada, ortalama bir insan ve sair ölçü olarak alınmaz. Failin kendi içinde bulunduğu durum ve kişisel özellikleri dikkate alınmalıdır. Taksirli haksızlıkta fail, suçun kanuni tanımındaki neticenin gerçekleşmesini öngörmemiştir. Ancak, “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmemiş olsaydı, bu neticeyi öngörebilirdi”, şeklinde bir yargıya varmamız durumunda, failin kusurunun varlığı sonucuna ulaşmaktayız.]

¹⁰²⁸ İzzet ÖZGENÇ 2005, age, s. 317.

¹⁰²⁹ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 384.

yapması gerekeni yapmaması mümkündür. Bu itibarla taksirli bir suçun icrai olarak işlenebileceği gibi ihmali olarak da işlenebileceğini söylemek mümkündür. Türk ceza hukuku doktrini ve uygulaması da bu doğrultudadır.¹⁰³⁰⁻¹⁰³¹ Bir hemşire veya hastabakıcının çok yoğun olması sebebiyle hastalardan birine kan sulandırıcı ilacını vermeyi unutmaması ve bunun neticesinde hastanın kanında pıhtı oluşması ve bu sebeple felç geçirmesi veya ölmesi halinde taksirli davranış ilacın verilmesinin unutulmasıdır. Hemşire veya hastabakıcının hastanın rahatsızlanması neticesini doğuracak icrai bir davranışı bulunmamasıyla beraber, hastaya ilacını vermeyi unutmaması, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı, ihmali bir davranıştır.¹⁰³²

¹⁰³⁰ YCGK, E: 2013/12-11, K: 2014/139, T: 25.03.2014, Kazancihukuk.com,

<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWInEsBd88JGeWMjvND2K8SXQ~~&=0.11902606917712055>. ET. 14.05.2022

[İstisnai bir kusurluluk şekli olan taksir, 765 sayılı TCK'da açıkça tanımlanmamış ise de 5237 sayılı TCK'nın 22/2. maddesinde 'dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemiş olarak gerçekleştirilmesi' şeklinde tanımlanmıştır. Toplumsal yaşamda belli faaliyetlerde bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için birtakım önlemler alması ve bazı davranış kurallarına uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kurallar toplum olarak yaşama zorunluluğundan doğabileceği gibi, Devletin müdahalesiyle de ortaya çıkabilmektedir. Taksirli suç bu kuralların ihlal edilmesi sonucu belirir, fail tedbirli ve öngörülü davranmamış olduğu için cezalandırılır. Bu bakımdan sorumluluğun nedeni, öngörebilme imkân ve ödevinin varlığına rağmen sonuca iradi bir hareketle neden olmaktan kaynaklanmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.03.2008 gün ve 43-62; 01.02.2005 gün ve 213-3; 23.03.2004 gün ve 12-68; 09.10.2001 gün ve 181-204; 21.10.1997 gün ve 99-202 sayılı kararları başta olmak üzere, birçok kararında da vurgulandığı üzere, öğretide ve uygulamada taksirin unsurları;

1- Fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması,

2- Hareketin iradi olduğu,

3- Neticenin iradi olmaması,

4- Hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması,

5- Neticenin öngörülebilir olmasına rağmen öngörülmemiş olması, şeklinde kabul edilmektedir.

Bilinçli taksir ise 5237 sayılı TCK'nın 22/3. maddesinde, 'kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi' olarak tanımlanmıştır. Taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırıcı ölçüt taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi, bilinçli taksir halinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır.

Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin tehlike hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin tehlike hali ile bir tutulamaz; neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun, bu neticeyi meydana getirecek harekette bulunmamasıyla yükümlüdür.

...

Taksirli suçlarda da gerek icrai hareketin gerekse ihmali hareketin iradi olması ve meydana gelen neticenin öngörülebilir olması gerekmektedir. İradi bir davranış bulunmadığı takdirde taksirden bahsedilemeyeceği gibi, öngörülemez bir sonucun gerçekleşmesi halinde de failin taksirli suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir.]

¹⁰³¹ Nil Melek GÜLTEKİN-DİKEN 2018 age, s. 89-90.

¹⁰³² Age, s. 90.

3.3.1.2.2 Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün Kaynakları

Dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması unsuru, taksirin normatif yönünü oluşturmaktadır. Yani dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin tespiti için öncelikle böyle bir ödevin var olması gereklidir. Burada önemli olan söz konusu ödevin nasıl tespit edileceğidir. Ceza kanunumuzun 85. maddesi dikkat ve özen yükümlülüğünün ne şekilde ortaya çıkabileceğini gösteren bir sayım yapmış değildir. Özen yükümlülüğünü ihlal eden her hareket dikkat ve özen yükümlülüğünün çıkış nedenidir.¹⁰³³

Dikkat ve özen yükümlülüğü farklı kaynaklardan ortaya çıkabilmektedir. Özen yükümlülüğüne aykırı davranışın her somut olay bakımından ortaya konulması hiç şüphesiz kanun koyma faaliyetlerinin sınırını geçen bir talep olarak önümüze çıkar. İnsan yaşamının çeşitliliği dolayısıyla özen yükümlülüğüne ilişkin tamamlanmış bir listeden bahsedilemez. Bu yönüyle taksirli suçlara ilişkin dogmatik çalışmaların en önemli problemi, objektif özen yükümlülüğünün tam olarak belirlenmesi olmaktadır.¹⁰³⁴ Taksirli suçlar bakımından, failin sorumluluğunun doğabilmesi için, spesifik bir yasak ve kural ihlali mevcut olmalıdır; ki bunlar da kaynağını çoklukla kanunlardan ve toplum ile sosyal yaşamın değerlerinin tehlikeye sokulmasından almaktadırlar. Yazılı kurallardan bahsedildiğinde, bundan yalnızca ceza kanunları veya kanunlar anlaşılmalıdır. Bu kurallara yönetmelikler, tüzükler dahil olabileceği gibi, bunlar resmi makamlar tarafından konulmuş veya işyerlerindeki çalışma kuralları gibi başka kişiler tarafından da öngörülmüş olabilirler ve yalnızca ortak deneyim kapsamında değil, risk veya yeni keşfedilen, yeni bilinen maddelerle ilgili kurallar da olabilirler. Bu bağlamda, özel kişiler tarafından konulmuş olan kuralların da kabul edilmesiyle, dikkat ve özen yükümlülüğünün temelini oluşturan hukuki normların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.¹⁰³⁵⁻¹⁰³⁶ Dikkat ve özen yükümlülüğü toplumun düzenini sağlamak amacıyla konulmuş olan her türlü hukuki ve mesleki kurallara veya yetkili mercilerce verilmiş emir ve talimatlara aykırılıktan kaynaklanabileceği gibi çeşitli mevzuattan da kaynaklanabilir. Ceza hukuku dışında diğer mevzuatta yer alan hukuki normlar da kişilere, meslek adamlarına birtakım ödevler yükleyebildiklerinden söz konusu

¹⁰³³ Nebahat KAYAER 2000, age, s. 294.

¹⁰³⁴ Elvan KEÇELİOĞLU (2015), *Taksirli Suçun Dogmatığı*. Turhan Kitabevi, Ankara, s. 77-111.

¹⁰³⁵ Kayıhan İÇEL (1967), *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Cezaevi Matbaası, İstanbul, s. 142.

¹⁰³⁶ Hasan Tahsin KEÇELİGİL 2016, age, s. 106-110.

normlar da dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı olarak kabul edilmektedir. Buna örnek olarak 1219 sayılı kanun, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları verilebilir. Söz konusu kurallar uzun deneyimler sonucu tehlikeden kaçınabilmek adına oluşturulmuş kurallardır. Bu kurallara yönelik ihlaller, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın belirtisi olarak kabul edilir.¹⁰³⁷⁻¹⁰³⁸

Özen yükümlülüğünün belirlenmesinde kriter olarak objektif, sübjektif ve karma olarak adlandırabileceğimiz üç görüş ileri sürülmektedir. Öğretide egemen olan, özen yükümlülüğünün belirlenmesinde objektif esastan hareket edilmesi görüşüdür. Objektif özen kavramıyla, failin kişisel özellikleri dikkate alınmaksızın ve failin somut olayda hangi özeni gösterdiğine bakılmaksızın genel olarak gerekli olan özen ifade edilmektedir.¹⁰³⁹

Özen yükümlülüğü bir yasak içerebileceği gibi, bir emir de içerebilir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, ilk durumda icrai, ikinci durumda ise, ihmali bir taksirli suç gündeme getirir. Başka bir anlatımla taksirli suç, icrai bir hareketle işlenebileceği gibi, ihmali bir hareketle de işlenebilir. Bu sonuncu durumda özen yükümlülüğü, gerçek olmayan ihmali suçlardaki garanti yükümlülüğü ile aynı anlama gelmektedir. Söz gelimi, makasçı (M) makas değiştirmede için meydana gelen tren kazasında (A) ölüyor. (M)'nin makası değiştirme konusundaki özen yükümlülüğü aynen gerçek olmayan ihmali suçlardaki sonucu önleme yükümlülüğü gibidir. Öğretide, failin olayda dikkatli ve özenli davranıp davranmadığının ne şekilde tespit edileceği hususu tartışmalıdır. Bir grup yazar, failin şahsi niteliklerini göz önünde tutan sübjektif bir kriterin uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir. Böyle bir kriter uygulanınca beden kusurları, miyop, sağırlık, makul heyecanlar gibi failin şahsi nitelikleri dikkat ve özen görevinin yerine getirilmesi bakımından göz önünde tutulmaktadır. Ancak, bütün bunlar, failin yalnız sorumsuzluğu bakımından değil, fakat sorumluluğunu gerektirmeleri bakımından da rol oynamaktadırlar. Örneğin sağır olduğu halde, mesleğini icra eden arabacı veya ileri derece miyop olmasına rağmen otomobil kullanan şoför yönünden de durum böyledir. Diğer bir grup yazara göre ise, taksirle gerçekleştirilen davranışın haksızlık unsurunu oluşturan objektif özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin şahsi nitelikleri göz önünde

¹⁰³⁷ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2019, age, s. 455-462.

¹⁰³⁸ Nebahat KAYAER 2000, age, s. 295.

¹⁰³⁹ Friedrich-Christian SCHROEDER (1998), "Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler", Çev. İzzet ÖZGENÇ, *İçinde, Türk Ceza Kanunu İçin Müzakereler*, Konya, s. 255-275.

bulundurulmaksızın objektif esastan hareket edilir. Objektif özen yükümlülüğü, belli bir kişiden soyutlanmış, gereklilik yargısını ifade etmektedir. Örneğin, motorlu araç kullanımını sırasında ve genel olarak trafikte uyulması gereken kurallar objektif özen yükümlülükleri olarak nitelendirilir. Bu yönden objektif özen yükümlülüğünün belirlenmesi, neticenin öngörülebilirliğinin saptanmasında failin kişisel özelliklerinin dikkate alınması işlevinden farklılık gösterir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinin gerekçesinde, dikkat ve özen yükümlülüğün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edileceği belirtilmiştir. Aynı gerekçede taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek olmalıdır, denilmek suretiyle hem subjektif hem de objektif kriterleri içeren karma bir niteliğe yer verilmiştir.¹⁰⁴⁰

Öztürk ve Erdem'e göre; gösterilecek özenin ölçüsü, somut olayın bütün özellikleri göz önünde bulundurulmuş orta zekada ve makul bir faile göre objektif olarak ex-ante belirlenir. Öğretide, dikkat ve özen yükümlülüğüne yönelik bir ihlal olup olmadığının belirlenmesinde failin özel bilgisinin ve yapabileceklerinin de göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağı tartışmalıdır. Öztürk ve Erdem'e göre; her ne kadar dikkat ve özen yükümlülüğünde ortalama bir insan esas alınmakta ise de eğer fail ortalamanın üzerinde bir bilgiye sahipse veya yapabilecekleri ortalama bir insanınkinden daha fazla ise, neticeyi önlemek için bu özel bilgi ve yeteneklerini de kullanmak zorundadır. Söz gelimi, hekimlik mesleğinde, failin dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket edip etmediği konusunda özel bilgisi ve yetenekleri de göz önünde bulundurulur.¹⁰⁴¹ Yargıtay, hekimin göstermesi gereken özeni, "mesleki şartları yerine getirmek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak", "fen kuralları", "tıp biliminin teknik kuralları", "mesleki özen ve ihtimam", "mutat dikkat ve özen" ve "titiz bir ihtimam ve dikkat" şeklinde algılamaktadır Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar bu durumu açıkça ifade etmektedir.¹⁰⁴² "... Doktor; tıbbi faaliyetlerde bulunurken mesleki şartları yerine getirmek, tıp ilminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde doktor tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel koşullara gereği ve yeteri kadar

¹⁰⁴⁰ Cengiz APAYDIN (2011), "Taksirle Yaralama Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, s. 59-114.

¹⁰⁴¹ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2019, age, s. 455-462.

¹⁰⁴² Nebahat KAYAER 2000, age, s. 302.

uymamışsa, mesleki kusurunun varlığı kabul edilmelidir. Olayımızda, davalı doktor mesleki bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini, kusur bulunmadığını ispatla zorunludur. Aksi durumda, Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi gereği sorumludur... Doktor tıp biliminin verilerini yanlış veya eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel şartlara gereği ve yeteri kadar uymamışsa, mesleki kusurunun varlığı kabul edilmelidir... Dosyaya konulmuş davacıya ait fotoğraflara bakıldığında davacının ameliyat öncesi burnu ile ameliyat sonrası meydana gelen burnu arasında kıyaslanamayacak oranda fahiş ve çok açık farklılık ve çöküntünün hasıl olduğu, adeta burnun yüz düzeyine dağılmış bir hale geldiği görülmektedir... Doktor hastasına uygun tedaviyi tavsiye etmek ve gerekli her türlü tedbirleri düşünüp, alarak işi yapmak ve tamamlamak zorundadır. Özellikle, müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının, gerektirdiği bütün önlemleri almalı, bu tip sonuçlar nadirde görülebilecekse hastayı aydınlatıp uyarmalı ve onun rızasını muhakkak surette almalıdır.”¹⁰⁴³

Dikkat ve özen ödevinin bulunduğu yerde öngörebilme olanağı da vardır. Buradaki olanak, neticenin öngörülebilirliğine ilişkin olanaktır. Diğer bir deyişle, buradaki öngörülebilme neticenin öngörülebilmesinden farklı olup, failin hareketinin sonuçlarını tahmin edebilme yeteneğidir.¹⁰⁴⁴ Kişilere yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi bir olanağı gerektireceğinden böyle bir olanağın yokluğu, söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesini istemek hakkını ortadan kaldıracaktır. Diğer bir deyişle, failden başka türlü davranması beklenemiyorsa, ona kusur isnat edilemez.¹⁰⁴⁵ Hekimin taksirinden sorumlu tutulabilmesi için neticenin öngörülebilir olması gereklidir. Hiç kimse tarafından öngörülemez neticeden hekim sorumlu tutulamaz. Yargıtay verdiği bir kararda, genel anestezinin mutlak komplikasyonu nedeniyle meydana gelen zararın tümünden hekimin sorumlu tutulamayacağını açıkça belirtmiştir. Öngörme, istemenin varlığını göstermez. Fail neticeyi öngördüğü halde istememiş olabilir. Fail öngörülebilir bir neticeyi öngörmediği halde basit taksir, failin öngörülebilir bir neticeyi öngörüp istemediği

¹⁰⁴³ Y13HD, E: 1993/131, K: 1993/2741, T: 05.04.1993, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeW!Nm3V7joiAA~&=0.1676643266596447>. ET. 16.05.2022

¹⁰⁴⁴ Selahattin KEYMAN (1978), “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 35 (1), s. 57-89, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/637568> (<https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php>). ET. 15.05.2022

¹⁰⁴⁵ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 383.

hallerde bilinçli taksir olur. Fail neticeyi istemişse kastın varlığı söz konusudur. Öngörülebilmenin olanaksız olması durumunda kaza ve tesadüften bahsedilir.¹⁰⁴⁶⁻¹⁰⁴⁷

Hekim, ancak öngörülebilir nitelikteki neticeler bakımından sorumlu tutulabilir. Bu özellik, dikkat ve özen yükümlülüğü ile yakından ilişkilidir. Daha doğrusu neticenin öngörülebilirliği kanun tarafından kişilere yüklenen dikkat ve özen görevinin bir sonucudur. Hekimden ancak belirli olanaklar ölçüsünde görevlerini yerine getirmeleri beklenir. Hekimin neticeyi öngörebilmesi, hekimin yaşı, mesleki deneyimi, görgüsü, fiilin işlendiği zaman ve koşullar vesaire gibi nedenlere bağlıdır. Bu tespit, tıbbi müdahale nedeniyle meydana taksirli öldürme suçunda öngörülebilirlik hareketi yapan hekim göz önünde bulundurularak her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilerek yapılacaktır (sübjektif unsur). Sonuç olarak, hekimin taksirli olup olmadığına karar verirken meydana gelen neticenin öngörülebilirliği hekimin niteliğine, bilgisine ve içinde bulunduğu fiziki koşullara, hekimin deneyimine, eğitiminin derecesine, sosyal konumunun varlığına ve özel yeteneklerinin varlığına bakılarak belirlenecektir.¹⁰⁴⁸⁻¹⁰⁴⁹

3.3.1.2.3 Taksir ile Kast Arasındaki Farklılık, Kastın Belirlenmesi ve İspatı

Herkes kendi kusurlu hareketinden sorumludur. Kast, bir suça konu eylemin hareket ve neticesinin bilerek ve isteyerek yapılmasıdır. Taksir ise; hareketin bilerek ve isteyerek yapılması, ancak ondan doğacak neticenin öngörülmemesine veya öngörülüp de gerçekleşmeyeceğine inanılarak göze alınmasına bağlanmış ceza sorumluluğunu kapsar. Taksiri, failin öngörmemesi durumunda basit ve öngörüp de göze alması durumunda bilinçli/şuurlu taksir olarak ikiye ayırabiliriz. Örneğin, hızlı araç kullanan failin meskûn mahal olmayan yerde trafik kazası yapması ile meskûn mahalde kaza yapması arasında fark vardır. Meskûn mahal olmayan yerde trafik kazası yaparak bir yayaya çarpan sürücü, gerçekleşen ölüm veya yaralama neticesini öngöremeyebilir ki, bu durumda neden öngöremediğinden dolayı basit taksir derecesinde kusurun olup olmadığı araştırılır. Meskûn mahalde, örneğin halk plajının olduğu yerde ve yaz ayında süratli araba kullanıp trafik kazası yapmak suretiyle ölüm veya yaralamaya sebebiyet veren fail ise; öngördüğü neticeye rağmen,

¹⁰⁴⁶ Nebahat KAYAER 2000, age, s. 287-288.

¹⁰⁴⁷ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2019, age, s. 455-462.

¹⁰⁴⁸ Nebahat KAYAER 2000, age, s. 290.

¹⁰⁴⁹ Özlem YENERER-ÇAKMUT 2003, age, s. 252.

neticenin gerçekleşmeyeceğine olan inancı sebebiyle basit taksire göre ağırlaşmış bilinçli taksirinden dolayı sorumlu tutulabilir. Ceza Hukukunda asıl sorumluluk kasttır. Failde suç işleme kastı, ya vardır veya yoktur. Esasında kastın muhtemeli, yani olası olmaz. Kastı; ani ve düşünce (tasarlama), bir de özel ve genel olarak sınıflandırabiliriz. Ani kast, failin o an suç işlemeye karar verip, suça konu hareketi ve neticeyi istemesidir. Düşünce kastı ise, failin işlemeyi hedeflediği suçla ilgili plan ve program yapmasıdır. Özel kast; kanun koyucunun failin suç işleme nedenine, yani saikine (faili suç işlemeye iten sebebe) verdiği önemdir. Genel kast ise, saikin önem taşımadığı ve failde genel suç işleme isteğinin yeterli görülmesidir. Türk Ceza Kanunu'nda 20. maddede “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkesi, 21. maddede kast ve 22. maddede de taksir derecesinde sübjektif sorumluluk düzenlenmiştir. Kanunda taksirle ilgili özel düzenleme yoksa, kimse taksirinden, yani tedbirsizlik, dikkatsizlik, emir ve talimatlara riayetsizlik, özensizlik, meslek ve sanatta acemilik iddiası ile cezai açıdan sorumlu tutulamaz. Failin kastı tespit edilemediğinde ve kanun koyucu da taksirden sorumluluk öngörmediğinde, doğabilecek yegâne sorumluluk hukuki, yani tazminat sorumluluğudur.¹⁰⁵⁰

Kast ve taksir; failin, fiil ile olan sübjektif ilişkisidir. Bir kimsenin işlediği fiilden dolayı cezai sorumluluğunun bulunabilmesi için hareketi ile kanun tarafından cezalandırılan netice arasında maddi bir nedensellik bağının varlığı yetmemekte, ayrıca faille fiil arasında manevi bir bağın bulunması da gerekmektedir. Söz konusu bu bağın kurulabilmesi failin kusurlu bir hareketinin bulunmasına bağlıdır.¹⁰⁵¹ Kast, Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinde “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir” şeklinde düzenlenmiştir. Halbuki taksiri düzenleyen 22. maddenin ilk fıkrasında taksirle işlenen fiillerin ancak kanun tarafından açıkça belirtildiği hallerde cezalandırılacağı ifade edilmektedir. Kanun metnindeki ifadelerden de anlaşıldığı üzere, taksirle kast arasındaki en önemli ayırım, kastın cezai sorumluluk bakımından genel kural olması, taksirin ise bu kuralın istisnasını teşkil etmesidir. “Kast kural, taksir istisnadır.”¹⁰⁵² Taksirli suçlarda da kasti suçlarda olduğu gibi toplumun kurallarına uymak aranmaktadır. Fakat taksirli suçlar, kast ile işlenen suçlara oranla

¹⁰⁵⁰ Ersan ŞEN (2022), “Olası Kast ve Bilinçli Taksir”, *Hukuki Haber*, <https://www.hukukihaber.net/olasi-kast-ve-bilincli-taksir-makale,5155.html>. ET. 15.05.2022

¹⁰⁵¹ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 225.

¹⁰⁵² Hakan HAKERİ 2020, age, s. 259.

daha az tehlikeli ve daha az önemli olarak kabul edilmektedir. Suçun taksirle işlenmesi, kast ile işlenmesine oranla daha az cezayı gerektirecektir.¹⁰⁵³ Kast ve taksir arasındaki diğer bir önemli ayırım ise hareketin sahibinin neticeyi isteyip istemediğidir. Burada failin neticeyi isteyip istemediğinin tespiti de önem arz eder.¹⁰⁵⁴ Kastta, riyeti gerekli kurallar bilinerek ve istenerek ihlal edilir. Failin kusurlu iradesi hem harekete hem de neticeye yöneliktir. Taksirli suçlarda ise irade sadece harekete yönelik olup, neticeye yönelik değildir.¹⁰⁵⁵ Fail neticeye yönelik isteme unsurunu yazılı delillerle ya da sözlü olarak dile getirebileceği gibi davranışları ile de gösterebilir.¹⁰⁵⁶⁻¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵³ Bilge Nur ÜREKLİ 2017, age, s. 48.

¹⁰⁵⁴ Cengiz APAYDIN 2011, age, s. 59-114.

¹⁰⁵⁵ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 259.

¹⁰⁵⁶ Bilge Nur ÜREKLİ 2017, age, s. 48.

¹⁰⁵⁷ Bu durumu 1994 yılında Oklahoma’da meydana gelen bir olay ile örneklendirebiliriz: U.S. v. Wood (29 March 2000) Özet: “86 yaşındaki hasta ciddi karın ağrısıyla hastaneye başvurur. Hastayı ilk defa muayene eden hekim hastanın on iki parmak bağırsağında karın zarı iltihabına yol açan deliği teşhis edip hastayı ameliyat eder. Müdahaleden sonra hasta 8 gün yoğun bakımda kalır. Viziteye çıkan ve cerrahi şefi olan bir hekim o gün sabah hastanın kan değerleri sonucu kanındaki potasyum seviyesinin düşük çıkması üzerine hastanın kanındaki potasyum seviyesinin artması için hastaya 40 mEq KCl (Potasyum Klorür) verilmesini söyler. Hasta aşırı derecede akciğer sıvı toplanması yaşadığı için kullandığı diüretik ilaçların (vücutta tutulan fazla sıvıyı uzaklaştırmasına yardımcı olur) potasyum seviyesini artırma da yan etkisi vardır. Dolayısıyla hemşire ilacı verdikten sonra, hastanın potasyum ilacını absorbe edemediği görülür. Daha sonra hastayı ameliyat eden asıl hekim gelir ve hastada pulmoner ödem (akciğer ödemi) oluştuğunu tespit eder. Hemşireye 40 mEq KCl yapmasını söyler. Hemşire ise, daha önce verilen KCl’in ancak 1 saat içinde emilebileceğini söyler. KCl ilacını hazırlar fakat hastaya enjekte etmeyi reddeder. Çünkü daha hızlı oranda vermenin hasta için çok tehlikeli olabileceğini düşünür. Ayrıca hastane politikasına göre 1 saat içinde en fazla 40 mEq dozda KCl verilebileceğini ve 1 saat geçmeden tekrar verilemeyeceğini hekime hatırlatır. Hekim bunun üzerine şırıngayı alarak hastaya kendi enjekte etmeye başlar. Enjekte işlemi esnasında hastanın kalp monitöründeki kalp atış çizgileri düzleşir ve hastanın solunumu durur. Doktor enjekteli yarıda keserek hastaya 1 ya da 2 defa prekordiyal yumruk uygular. Birkaç dakika sonra da hastanın öldüğünü söyler. Yaklaşık 4 yıllık bir soruşturma evresinden sonra, 1.dereceden adam öldürme, daha az cezayı gerektiren 2. dereceden adam öldürme ve taksirle adam öldürme suçlarıyla yargılanır. Mahkeme, hekim hakkında 5 ay hapis cezası, 36 ay denetimli serbestlik ve 25.000 \$ tazminata hükmeder. Hekim bu kararı temyiz eder. Temyiz mahkemesi, yerel mahkemenin hekimi makul bir şüphenin ötesinde başka bir sebep olmadan hastayı öldürmek ile suçlamasının hatalı olduğuna karar verir. Yüksek Mahkeme, kamu adına, hekimin hastayı kurtarmak için sarf ettiği hareketlerini göz ardı ederek hastayı öldürmeye doğrudan kastı olduğu ya da önceden tasarlayarak kötü niyetle hareket ettiğine dair kanıtlarının yetersiz olduğunu söyler. Ayrıca akli başında hiçbir mahkeme jüri üyesinin 2. derece delillerden hekimin tıbbi standarttan son derece pervasızca hareket ederek saptığına dair (İkinci derece cinayet mahkûmiyeti için yeterli olacak şekilde) kanıya varmayacağını belirtir. Bununla birlikte kovuşturma aşamasındaki deliller çerçevesinde, temyiz mahkemesi hekimin ilaç (KCl) uygulaması bakımından genel kurallara uymada başarısız olduğunu kabul etmek durumunda kalır. Potasyum, yaşam için gerekli ve kalp fonksiyonlarını düzenleyen bir maddedir. Fakat kısa aralıklarla ve yüksek dozda verilmesi öldürücüdür. 40 mEq doz KCl normalde 1 saat için uygundur. Ayrıca 1 dakikada 1 mEq KCl verilmesi hızlı acil durumlar için uygundur. Hekim ise her 30 saniyede 20 mEq KCl verilmesi acil durumlarda olması gerekenden 60-180 kat arası daha hızlı vermiştir. Buna rağmen, mahkeme, “iyiniyetli ancak uygun olmayan tıbbi müdahale”nin tek başına öldürmenin kasıtlı olduğu konusunda çıkarımda bulundurmayacağını ifade eder. Dahası, mahkeme, kamu ve duruşma hâkimini hekimin hastayı açıkça yaşama döndürme çabasını göz ardı etmesi hususunda şiddetle eleştirir.”

Taksir dolayısıyla kusurun belirlenmesi normatif bir değerlendirmeyle mümkün olmakla birlikte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlâl edilmediğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Örneğin, ölümle sonuçlanan bir ameliyat sırasında hastaya yapılan tıbbi müdahalenin tekniğine uygun olarak yapılmış olup olmadığının belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesine gerek bulunduğu muhakkaktır. Keza, ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan bir trafik kazasında, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadıklarının, hangi trafik kuralının ne suretle ihlâl edildiğinin, trafiğe çıkarılan aracın teknik bakımdan herhangi bir arızasının olup olmadığının belirlenmesi açısından da bilirkişi incelemesi yapılabilir. Ancak, bu durumlarda, bilirkişinin yapacağı inceleme işin tekniği ile sınırlı olmalıdır. Bunun dışında, bilirkişi tarafından münhasıran hâkimin yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmamalıdır. Aksi yöndeki tutum, bilirkişilik görevinin sınırını aşmayı ve hâkimin yerine geçmeyi ifade eder. Hâkim, bu teknik veriler çerçevesinde somut olayda failin kusurlu olup olmadığını takdir edecektir. Failin kusurlu bulunması durumunda, kusurun ağırlığı ve diğer sebepleri de göz önünde bulundurmak suretiyle suçun kanuni tanımındaki cezanın alt ve üst sınırı arasında bir cezaya hükmedecektir.”¹⁰⁵⁸ 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun 63/1’inde; “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re’sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez.” şeklindeki düzenlemede bunu desteklemektedir. Böylece hâkim kusur tespitini genel ve hukuki bilgi ile çözülebilecek hallerde pozitif hukuk metinleri dâhilinde kendi tayin eder.¹⁰⁵⁹

Alessia T BELL (2000), “Criminal Law/Medical Malpractice: Court Strikes Down Murder Conviction of Physician Where Inappropriate Care Led to Patient’s Death”, *The Journal of Law, Medicine&Ethics*, 28 (2), s.194-195, <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-law-medicine-and-ethics/article/abs/criminal-law-medical-malpractice-court-strikes-down-murder-conviction-of-physician-where-inappropriate-care-led-to-patients-death/A100F14C157635F8180EC5B041C7A19B#>. ET. 07.10.2022

¹⁰⁵⁸ Cengiz APAYDIN 2011, age, s. 59-114.

¹⁰⁵⁹ Bilge Nur ÜREKLİ 2017, age, s. 59.

Taksirli suçun icrai hareketle işlenmesi durumunda¹⁰⁶⁰ (örneğin, hız kuralını ihlal ederek aşırı hız yapma, cerrahın ameliyatta hastalıklı organizmayı çıkarırken

¹⁰⁶⁰ “Kural olarak suç; ancak kastla işlenebilir. Ancak yasanın açıkça gösterilen hallerde taksirle de işlenebilir. İstisnai bir kusurluluk şekli olan taksirde, failin cezalandırılabilmesi için mutlaka yasanın açık bir düzenleme bulunması gerekmektedir.

5237 sayılı TCY’nın 22/2. maddesinde taksir; “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın, suçun yasal tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir” şeklinde tanımlanmıştır.

Taksirli suçlarda da gerek icrai hareketin gerekse ihmali hareketin iradi olması ve meydana gelen neticenin öngörülebilir olması gerekmektedir. İradi bir davranış bulunmadığı takdirde taksirden bahsedilemeyeceği gibi, öngörülemeyecek bir sonucun gerçekleşmesi halinde de failin taksirli suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Buna göre taksirli sorumluluktan bahsedilebilmesi için; “taksirle işlenen bir suçun olması, hareketin iradi olması, sonucun istenmemesi ancak öngörülebilir olması, hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması” koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Sonucun gerçekleşmesinde, mağdurun taksirli davranışının da etkisinin bulunması halinde, diğer taksirli davranış nedensellik bağını kesmediği sürece bu durum failin taksirli sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi, taksirin niteliğini de değiştirmez. Bu hal, ancak 5237 sayılı TCY’nda kusurun derecelendirilmesi nedeniyle herhangi bir ceza indirimi söz konusu olmadığından temel cezanın tayininde dikkate alınabilir.

5237 sayılı TCY’da taksir; basit taksir ve bilinçli taksir şeklinde ayrıma tabi tutulmuş, Yasanın 22/3. fıkrasında bilinçli taksir; “kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi” şeklinde tanımlanmış, bu halde taksirli suça ilişkin cezanın üçte birden yarıya kadar arttırılacağı öngörülmüştür.

Basit taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırıcı ölçüt; taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörememesi, bilinçli taksir halinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır. Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin tehlike hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin tehlike hali ile bir tutulamaz. Neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun, bu neticeyi meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlüdür.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Aşırı süratli bir biçimde araç kullanan sanığın, trafik ışıklarının kırmızı yandığını fark etmesi üzerine frene bastığı, ancak otuz beş metre fren izine rağmen duramadığı, direksiyon hâkimiyetini kaybederek orta refüjü aşır, bölünmüş yolun karşı şeridinde, kendilerine yanan kırmızı ışıkta duran araçlara çarparak, iki kişinin ölümüne, iki kişinin de yaralanmasına neden olduğu, sanığın, en temel trafik kurallarından olan kavşaklara yaklaşırken hızını azaltma ve kırmızı ışıkta durma kurallarını ihlal etmesi sonucu ölüm ve yaralamalarının meydana geldiği hususu sabittir. Yerel mahkemece de hükme esas alınan tanık beyanları doğrultusunda, sanık kavşağa yaklaşmadan çok önce kırmızı ışık yanmış, her iki yöndeki tüm araçlar durmuş, sanık buna rağmen hızını azaltmadan kavşağa yaklaşmış, kavşak alanına girmeden hemen önce, kırmızı ışığı önce geçebileceğini düşünüp daha sonra geçemeyeceğinin farkına vardığı için mevcut hızıyla frene basmış ve direksiyon hâkimiyeti kaybetmiştir. Sanığın son anda frene basmış olması, bilinçli taksirin özünü oluşturan ve bilinçli taksiri olası kasttan ayıran en önemli ilke olan öngörülen ve gerçekleşen neticenin istenmemesi ve engelleme çabasını göstermektedir. Sanık neticeyi öngörmüş, ancak öngördüğü bu neticeyi istememiş, hatta neticenin meydana gelmemesi için çaba sarf etmiştir. Sanık yasal hız sınırlarına uymamakla birlikte; öncesinde trafik uyarı levhalarının bulunduğu ışıklı işaret cihazları ile donatılmış kavşağa yaklaşırken hızını azaltmamış, kırmızı ışığı fark ettiğinde frene basmış, ancak otuz beş metre fren izine rağmen aşırı sürati nedeniyle duramamış, bu sırada direksiyon hâkimiyetini sağlayamayarak karşı şeride geçip kavşakta kendilerine yanan kırmızı ışıkta duran araçlara çarpmak suretiyle kazaya neden olmuştur. Yasal hız sınırlarına uygun seyretmeyen ve ışıklı işaret cihazlarıyla donatılmış kavşağa yaklaşırken hızını azaltmayan sanığın, kavşaktaki ışıkların kırmızı olabileceğini, aşırı hızı nedeniyle duramayacağını ve direksiyon hâkimiyetini kaybederek kazaya ve ölüme neden olabileceğini öngörmesi gerekmektedir. Somut olayda, hızını yol şartlarına uydurmaması ve ışıklı işaret cihazlarıyla donatılan kavşağa gelirken yavaşlamaması nedeniyle direksiyon hâkimiyetini kaybederek karşı şeride geçen sanığın, neticeyi öngörmemesinin gerekmesi nedeniyle, tam kusurlu olduğu ve bilinçli taksirle hareket ettiğinde kuşku bulunmamaktadır.” Y.C.G.K, E: 2011/9-110, K: 2011/123, T: 14.06.2011: Kazancihukuk.com,

acemilikle siniri kesmesi gibi) kısaca belirtelim ki, eğer failin fiili olmasaydı netice meydana gelmeyecekti denebiliyorsa, hareket ile netice arasında nedensellik ilişkisi var demektir.¹⁰⁶¹

İhmali hareketle işlenen suçlarda ise, netice harekete bitişik olduğundan illiyet bağının varlığı kolay anlaşılacaktır. Örneğin, ehliyetsiz araç kullanma suçu, ehliyeti olmadan aracı kullanma anında gerçekleşmektedir. Fakat ihmal suretiyle icra suçlarında netice ile hareketsiz kalma arasındaki illiyet bağının tespiti gerekmektedir. Bu durumda da genel olarak, gereken hareket yapılsaydı netice meydana gelmeyecekti denilebildiği durumda illiyet bağının var olduğu söylenebilecektir. Ancak, ihmal suretiyle icra suçlarının bir kısmında failin kendi menfi hareketiyle neticeye ilişkin hareketler serisi başlamakta diğer bir kısmında ise, başkalarınca veya tabiat olaylarınca başlatılan hareketler serisine failin müdahale etmemesi söz konusu olmaktadır. Bunlardan ilkinde, yani nedensellik zinciri failin kendi ihmali davranışı ile meydana gelmişse başka bir şartın araştırılmasına gerek olmaksızın netice ile menfi hareket arasında illiyet bağı var denilmelidir. Örneğin, yol kenarına çukur açan inşaat sahibinin, buraya düşenin yaralanmasını önlemek için tedbir alma yükümlülüğü ayrıca araştırılmaz. Fakat başkalarınca veya tabiat olaylarına bağlı olarak başlatılan hareketler zincirine failin müdahale edip etmemesi bakımından durum farklıdır. Denizde boğulan çocuğu kurtarmayan failin menfi hareketi ile netice arasında fiziksel illiyet bulunması yeterli değildir. Burada failin çocuğu kurtarmak konusunda hukuki anlamda yükümlülük altında olup olmadığı ve ayrıca kurtarma olanağının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Bu örneği sürdürürsek; fail yüzme bilmeyen çocuğunun denize girmesine izin vermiş ve boğulmaması için tedbir de almamış ise, boğulup ölmeyele sonuçlanan nedensellik zinciri failin ilk kusurlu hareketiyle başladığından artık başka bir şart aramaya gerek olmadan illiyet bağının var olduğu kabul edilmelidir.¹⁰⁶² Failin kusuru olmaksızın başlayan bir illi davranış serisi karşısında, hareketsiz kalması nedeniyle ortaya çıkan neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için kendisinden beklenen davranışta bulunmasının fail yönünden hukuki bir yükümlülük olması gerekir.¹⁰⁶³ Hukuki yükümlülüğün kaynağı kanun

<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6cjzS50wAyUVRK11!y86H911Mpg~~&=0.8519930345794859>. ET. 19.05.2022

¹⁰⁶¹ Tahir TANER 1949, age, s. 97.

¹⁰⁶² Seydi KAYMAZ, Hasan Tahsin GÖKCAN 2006, age, s. 102-103.

¹⁰⁶³ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN (1983), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt-II*, 8. Basım, Filiz Kitapevi, İstanbul, s. 478-480, Aktaran Cengiz APAYDIN 2011, age, s. 59-114.

(765 sayılı TCK'nın 302, 473, 476/11 ve TMK'nın aile hukukuna ilişkin yükümlülükleri gibi) veya sözleşme (can kurtaranın boğulana kurtarma görevi, tedavi sözleşmesi gereği hekimin yükümlülüğü vb.) olabilir.¹⁰⁶⁴⁻¹⁰⁶⁵ İcranın yerine geçen ihmalin; kasten adam öldürmenin hareketi olarak kabul edilebilmesi için, üç koşuldan birinin gerçekleşmesi aranacaktır. Bu üç koşul şöyledir:

¹⁰⁶⁴ Seydi KAYMAZ, Hasan Tahsin GÖKCAN 2006, age, s. 103.

¹⁰⁶⁵ Y1CD, E: 2012/5828, K: 2013/7092, T: 27.11.2013, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6cjzS2JykrFUC7sm+H0zge!u1g~~&=0.6284160617622514>. ET. 19.05.2022 [Kişinin yaşama hakkını korumak amacıyla ihdas edilen suçlarda neticenin ifade ettiği haksızlık ayıdır. Zira tüm bu suçlarda kişinin yaşamının sona erdirilmesi cezai yaptırıma bağlanmaktadır. Buna karşılık kişinin yaşamını sona erdiren fiiller, işleniş şekillerine, yani hareketin ifade ettiği haksızlığa göre farklı suç tipleri olarak düzenlenmiştir. TCK'da ölüm neticesini cezalandıran suçlar, kasten veya taksirle işlenip işlenmediğine (TCK m. 81, 85); kasten işlenmişse icrai hareketle mi (TCK m. 81), ihmali hareketle mi (TCK m. 83) işlendiğine göre farklı değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Öldürmeyi yasaklayan davranış normunun, kasti, icrai bir hareketle, yani başkasının hayatını sona erdirmeye yönelik aktif bir davranışla gerçekleştirilmesi halinde 81. maddede düzenlenen kasten öldürme suçu işlenmiş olur. Bu suçun oluşması bakımından önemli olan husus, başkasının hayatını ortadan kaldırmaya yönelik bir saldırının icra edilmiş olmasıdır. Buna karşılık öldürmeyi yasaklayan davranış normu, ihmali bir hareketle de ihlal edilebilir. Bu durumda fail, başkasının hayatını sona erdirmek amacıyla aktif bir davranış gerçekleştirilmemektedir. Bu ihtimalde öldürme suçu, başkasının hayatını korumakla yükümlü bulunan kişinin, bu yükümlülüğünü ihlal etmesi suretiyle işlenmektedir. Bu ihtimalde fail, ancak hukuken (kanun, sözleşme, öngelen tehlikeli davranış nedeniyle) başkasının yaşamını korumakla yükümlü bulunan, yani başkasının yaşamına yönelik saldırı veya tehlikeden o kişiyi korumayı hukuken garanti eden kişi olabilir.

Şayet başkasının yaşamını korumak bakımından hukuki yükümlülük altında bulunan kişi, bu yükümlülüğünü ölüm neticesinin gerçekleşeceği bilincine rağmen yerine getirmezse, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden (TCK m. 83) söz edilir. Buna karşılık, böyle bir yükümlülük altında bulunan kişi, yükümlülüğünü bilinçli bir şekilde ihmal etmekle birlikte, bu yükümlülük ihlalini korumakla yükümlü olduğu hayatın sona ereceği bilinciyle yapmamışsa ve fakat bu yükümlülük ihlaline bağlı olarak yine de ölüm neticesi meydana gelmişse taksirle ölüme sebebiyet verme suçu (TCK m. 85) söz konusu olur. Ölüm neticesinin ihmali bir davranışa bağlı olarak meydana geldiği hallerde somut olayın koşulları dikkate alınarak, ölüm neticesi bakımından failin kasten mi, yoksa taksirle mi hareket ettiği dikkatlice belirlenmelidir. Hiç kuşkusuz, ölüm neticesinin kasten meydana geldiği hallerde bunun olası kastla; taksirle meydana geldiği hallerde ise bilinçli taksirle meydana gelip gelmediği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu çerçevede, 83. maddedeki suçun oluşabilmesi için, kanun, sözleşme veya öngelen davranıştan kaynaklanan başkasının yaşamını korumak ve gözetmek yükümlülüğü altında bulunan kişinin, korumak ve gözetmekle yükümlü olduğu hayatın sona erme tehlikesi ortaya çıkmasına rağmen, bilinen veya öngörülen ölüm neticesinin gerçekleşmesi için (doğrudan kast) veya öngörülen ölüm neticesi kabullenilerek (olası kast) sözü geçen hayatı kurtarmaya yönelik icrai bir davranışta bulunmaması gerekir.

Buna göre somut olayda;

Olay tarihinde, kendisinin kullandığı araçla giderken çarptığı maktulü yolda sürükleyen sanık Yurt, öngelen tehlikeli davranış nedeniyle yaraladığı maktule yardım etmek veya yardım edecek birilerini çağırarak, yani yaralananın ölmemesi için gerekli çabayı göstermek yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle yükümlülüğü kasten yerine getirmeyip aracını durdurmayarak, çarparak yaraladığı maktulün ölmemesini sağlamak için icrai bir davranışta bulunmayan sanık, meydana gelen ölüm neticesinden ihmali davranışla ölüme neden olmak suçundan TCK.nun 83/2-b delaletiyle aynı Yasanın 83/3. maddesi gereğince sorumludur. Buna göre sanık hakkında 83/3. madde uyarınca makul bir temel ceza belirlenmek suretiyle hüküm kurulması gerektiği düşünülmeksizin, suç niteliğinin yanlış tayini ile TCK.nun 85/1, 22/3 ve 62/1. maddeleri gereğince hüküm kurulması,

Bozmayı gerektirmiş olup, sanık müdafisi, Cumhuriyet Savcısı ve katılanlar vekilinin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görülmediğinden, hükmün CMUK.nun 321. maddesi uyarınca farklı gerekçeyle tebliğnamedeki düşünce gibi (BOZULMASINA), 27/11/2013 gününde oybirliği ile karar verildi.]

1- Kişinin sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe rağmen buna aykırı olarak ihmalde bulunması,

2- Kişinin kanundan doğan bir yükümlülüğe aykırı olarak ihmalde bulunması,

3- Kişinin önceki hareketi başkalarının hayatı için tehlikeli bir durum yaratmasına rağmen daha sonra ihmalde bulunması.

Bu koşullar çerçevesinde failin ihmali harekette bulunması sonucunda mağdurun hayatını kaybetmesi, ihmal suretiyle icrai davranışla kasten adam öldürme suçunu meydana getirecektir. Kanunda öngörülen bu koşullara, öğreti önemli bir koşul eklemektedir: Failin neticeye engel olma imkanına sahip olması. Böylece, kasten adam öldürmenin ihmal suretiyle icrai davranışla işlenebilmesi için TCK. 83/1, 2. maddede öngörülen üç koşuldan birinin gerçekleşmesi öncelikle aranacak, ayrıca neticeye engel olabilme imkanının da var olup olmadığı araştırılacaktır.¹⁰⁶⁶⁻¹⁰⁶⁷

Kastın bulunmaması, taksirin olumsuz bir koşuludur ve bu sebeple taksir kasıtlı olmayan bir davranışın varlığını şart kılar. Kast, bilme ve isteme unsurlarının bulunmasını gerektirdiğinden, taksir açısından failin tipikliği gerçekleştirdiğini bilmemesi (ve doğaldır ki istememesi) (=bilinçsiz taksir) veya mümkün görünmesine karşın istememesi (=bilinçli taksir) gerekir. Bu, ceza hukukunun fragmanter niteliğinin ve hukuksal yararın ultima ratio'su işlevinin bir sonucudur.¹⁰⁶⁸ Buradan da anlaşılacağı üzere, kast, taksiri sınırlayıcı bir işlev görmektedir.¹⁰⁶⁹

Taksirde failin iradesi doğrudan doğruya neticeye yönelmemekte olup; bu bakımdan taksirli suçlar kasten işlenen suçlara nazaran daha az tehlikeli kabul edilir ve daha az cezalandırılırlar. Zira kasten işlenen suçlarda failin iradesi doğrudan toplum düzenine karşıyken, taksirli suçlarda fail daha ziyade bu düzene karşı uyumsuzluk ve umursamazlık içerisindedir. Ancak bu, taksirin kastın hafifletilmiş hali olduğu anlamına gelmez; bilakis taksir, kasttan ayrı ve bağımsızdır. Bu hususla ilgili olarak, Alman doktrininde taksirin ve kastın birbirlerini ortadan kaldırdığına ilişkin görüş egemen olup; bu düşünceye göre, taksirin bulunduğu yerde kastın, kastın bulunduğu yerde ise taksirin bulunması mümkün değildir. Ancak, Alman

¹⁰⁶⁶ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2017, age, s. 259.

¹⁰⁶⁷ Köksal BAYRAKTAR (2013), "Kasten Adam Öldürme", *İçinde, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, Pasifik Ofset, İstanbul, s. 57-77, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/804119> ET. 19.05.2022

¹⁰⁶⁸ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2019, age, s. 455-462.

¹⁰⁶⁹ Nevzat TOROSLU 2006, age, s. 198.

doktrininde, bu türde bir düşüncenin yanlış uygulamalar doğurabileceğini ve eksik olduğunu, haksızlık olgusunun esasen hem taksirle hem de kasten işlenen hareketlerin içeriğini oluşturduğunu ve bu itibarla kasten işlenen bir haksızlık ile taksirle işlenen haksızlık arasında “spesifik olarak derece farkı” bulunduğunu belirten bir aksi görüş de bulunmaktadır.¹⁰⁷⁰ Toprak, bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “... Çünkü, kasıt ve taksirin birbirini ortadan kaldırdığını (birinin olduğu yerde diğeri olmadığını) düşünmek, taksirin kasıtlı suçun içermiş olduğu haksızlık potansiyelinden hareketle ortaya çıkmış olduğu gerçeğini gözden kaçırmak anlamına gelecektir. Nitekim, failin taksirli bir şekilde davranmış olup olmadığı incelemesine başlamadan önce tespitini yapmamız gereken ilk durum, failin fiilin işlenmesinde kasıtlı bir sorumluluğunun olup olmadığıdır. Ancak failin kasıtlı bir sorumluluğu yoksa taksirli sorumluluğunun olup olmadığı araştırma konusu yapılabilir. Yalnız bu durum, kasıt ve taksirin birbirini ortadan kaldırdığına değil, kasıt ve taksirin, ortaya çıkan haksızlıkta farklı dereceleri temsil ettiğine dair bir kanıttır. Bu görüşe göre, kasıt ve taksir arasındaki temel fark neticenin haksızlığı (Erfolgsunwert) bakımından değil; fiilin işlenmesindeki haksızlık (Handlungsunwert) bakımından kendini göstermektedir.”¹⁰⁷¹ Kasten ve taksirle işlenen suçlar bakımından, gerçekten de en önemli ayrım kendini neticeli suçlarda, failin neticeyi istemesi noktasında göstermektedir.¹⁰⁷² Kasten işlenen suçlarda, fail hareketi bilerek ve isteyerek yapmakta, neticeyi de bilmekte ve meydana gelmesini istemektedir. Kasttaki isteme unsuru tipiklikte yer alan hareket ve neticeye ilişkindir. Suç tanımındaki bütün unsurların istenmesi gerekmez. Örneğin, çalınan malın başkasına ait olduğunu bilmek yeterli olup, bunun istenmesi diye bir koşul söz konusu olamaz. Yine cinsel ilişkiye gireceği çocuğun 18 yaşından küçük olduğunu bilmek veya bilmemeyi istemek (devekuşu örneği) yeterli olup, bunun istenmesi ayrıca aranmaz. Taksirde ise, fail özen yükümlülüğüne aykırı davranışı yine bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektedir. Ancak kasttan farklı olarak, fail neticeyi istememekte ya öngörmesi gereken neticeyi öngörmemekte ya da neticeyi öngörmesine rağmen meydana gelmeyeceği inancıyla hareket etmektedir.¹⁰⁷³ Bu bağlamda, fail ile netice

¹⁰⁷⁰ Nil Melek GÜLTEKİN-DİKEN 2018, age, s. 79.

¹⁰⁷¹ TOPRAK Ufuk (2013), “Alman Ceza Kanunu’na Göre Taksirli Suç ve Alman Federal Mahkemesinin Konuyla İlgili Bir Kararının İncelenmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 4 (13), s. 407, Aktaran Nil Melek GÜLTEKİN-DİKEN 2018, age, s. 79.

¹⁰⁷² Öztekin TOSUN (1979), *Suç Hukuku El Kitabı*. Ar Basım, İstanbul, s. 169.

¹⁰⁷³ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 223-225.

arasındaki psikolojik bağ, kast ile taksir arasındaki ayrımın temel taşıını oluşturur. Hareketin iradi olması ve istenmesi kast ile taksir arasında ortak bir payda oluştururken, neticenin istenmesi hususunda bu iki cezai sorumluluğun gereği birbirine tamamen zıttır. Bu itibarla denilebilir ki; kastı taksirden ayıran temel nokta, kastta iradenin hem fiile hem de neticeye yönelmesiyken, taksirde yalnızca fiile yönelmesidir.¹⁰⁷⁴ Bu ayrımın pratikte kolaylaşması bakımından bazı formüller önerilmiş olup; bunlardan en bilinenlerinden biri olan Alman ceza hukuku Profesörü Dr. Frank'ın formülüne göre, kişinin neticenin meydana geleceğini kesin olarak bilseydi dahi hareketine devam edeceği söylenebiliyorsa, bu halde kast, söylenemiyorsa taksir vardır.¹⁰⁷⁵⁻¹⁰⁷⁶

Suçun manevi unsurları, kasten öldürme ve taksirle öldürme suçları bakımından, her iki suç tipini ayırıcı kriter bilerek yapılan hareketin neticesinin öngörülüp öngörülmemesi ile ilgilidir. Kişi bilerek yaptığı hareketin neticesini öngörmemişse taksirle işlenmiş suçtan bahsedilir. Bilerek yapılan hareketin neticesi öngörülmüş ve istenilmişse kasten işlenmiş suçtan bahsedilir. Bilerek yapılan hareketin neticesi öngörülmüş buna rağmen harekete devam edilmiş sonuç kabullenilmişse bu takdirde, TCK'nın 21. maddesine göre “olası kastla” işlenen suçtan bahsedilir. Olası kastla işlenen kasten öldürme ve bilinçli taksirle işlenen öldürme suçu önemli oranda benzeşmektedir. Her iki suç tipini birbirinden ayırmak uygulamada çoğu zaman güçlük arz etmektedir.¹⁰⁷⁷

Gültekin-Diken'e göre; kast ile taksir kavramlarının birbirlerine en fazla yaklaştığı ve uygulamada en fazla tereddüde düşülen husus, olası kast-bilinçli taksir ayrımı noktasında kendini gösterir. Gültekin-Diken, olası kastı 21. maddenin ikinci fıkrasında “Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır” ve bilinçli taksiri 22. maddenin üçüncü fıkrasında “Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır” şeklinde tanımlayan Türk

¹⁰⁷⁴ Ahmet Erdoğan (1951), “Ceza Hukukunda Taksir”, *Adalet Dergisi*, S. 10 (42), s. 1680, *Aktaran Nil Melek GÜLTEKİN-DİKEN* 2018, age, s. 80.

¹⁰⁷⁵ Turhan Tufan YÜCE 1985, age, 1985, s. 62.

¹⁰⁷⁶ Hasan Tahsin KEÇELİGİL 2016, age, s. 157.

¹⁰⁷⁷ Ahmet GÖKCEN ve Murat BALCI (2011), “Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)”, *MÜHF – HAD*, S. 17 (1-2), s. 95-218,

https://openaccess.dogus.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11376/139/Balci_Murat.pdf?sequence=1&isAllowed=y ET. 22.05.2022

Ceza Kanunu'ndaki ifadelerin yetersiz olduğunu ve bu iki kavramı birbirinden tam olarak ayıramadığını öne sürmektedir.¹⁰⁷⁸

Kastın ceza muhakemesinde tespiti ile maddi ceza hukukunda kastın kavramsallaştırılması arasındaki farkların belirlenmesi hem uygulama hem de ceza hukuku doktrini bakımından hayati derecede önemi haiz bulunan bir husustur. Öncelikle belirtmeliyiz ki, tek başına ne öğretideki soyut formüller kastın tespitinde yeterli olabilir ne de uygulamada kullanılan kast emareleri kastın karşılığı olması gereken haksızlık özünü ortaya çıkarabilir. O halde, bu kavramlar arasında kurulacak olan ilişkinin iyi tanımlanmış olması gerekir. Kastın hem bilme hem de isteme unsurlarını taşıması gerektiğine dair öğretide yaygınlık kazanmış görüşün haklılığı kendini en çok ispat meselesi gündeme geldiğinde belli eder. Zira, kastın bilme unsuruna karşılık gelen şey aslında bir iradenin dışsallaşması, yani objektif bir büyüklüğe sahip olması manasına gelen hareketin doğması ile anlam kazanabilir. Madem kast soyut bir istemeden, yani arzu etmeden farklı bir içeriğe sahiptir, o halde eylemde bulunan şekliyle kastın objektif bir karşılığı olmalıdır. Diyalektik gereği bir kavram ancak onun zıddıyla bir gerçekliğe bürünür ve görünüş şekli olmaktan çıkar. Bu durumda, kastın varlığından bahsedebilmek objektif bir emarenin varlığını da gerektirir. Kast, failin eylem anında kendi eyleminin muhtemel veya kesin öngördüğü gelişim serisi ile ilgili vermiş olduğu bir hükme dayanır. Ancak bu hükmün içsel kısmının, yani kastın isteme unsuruna karşılık gelen hususların tespiti sadece objektif olgunun nitelendirilmesi ile mümkün olamayacaktır. Zira objektif olgu, sadece fail haricinde kalan diğerlerince belirlenebilen bir gözleme dayanır. Halbuki, kast, sadece bir objektif gözlemi değil, içsel bir kararı da konu edinir. Failin içsel belirlenimini ispatı, için bazı pratik argümanlar kullanılır: Bunlara ise, emare adı verilir. Anılan niteliğinden ötürü her emare aslında hata payını da içinde barındırır. Failin içsel kararına dayalı kast sadece emareler vasıtasıyla belirli bir ispat alanında tahdit edilebilir. Bu durumda, objektif niteliği haiz emarelerin yanı sıra sübjektif niteliği ortaya koyabilecek emareler de kastın ispatında kullanılmalıdır. Bunlara örnek olarak, eylem öncesi ve sonrasındaki tavrı, failin gençliği, profesyonelliği, zihni durumu, algılamada eksiklikler yaşayıp yaşamadığı, risk karşısındaki kişisel tavrı, mağdur ile fail arasındaki duygusal bağ vb. argümanlar sıralanabilir. Asıl önemli olan, uygulamacının bu argümanları bir kataloğa

¹⁰⁷⁸ Nil Melek GÜLTEKİN-DİKEN 2018, age, s. 81.

dönüştürmekten ziyade onları her somut olayda yeri geldiğinde incelemiş olmasıdır.¹⁰⁷⁹ Erem'e göre; öldürmek kastı batını bir haldir. Bu unsurun sübutu bakımından harici vakıalara bakmak lâzımdır. Mahkeme içtihadından alman şu misaller meseleyi aydınlatıcı mahiyettedir: "Silâhı gizlice çekip maktule ateş etmek", "Maktulün hayati bir uzvuna silâhın tecvih edilmiş olması", "Öldürmek niyetinin evvelce izhar edilmiş ve silâhın hayati bir uzva müteaddit defalar endahat edilmiş olması", "Kullanılan vasıtanın cinsi (hadisede tüfek), maktulün göğsüne ve yakın mesafeden ateş edilmiş olması", "Ateşli silâh ile mükerreren ateş edilmiş bulunması", "Suçlunun evvelâ tabanca, daha sonra evinden getirdiği mavzer ile tecavüze devam etmesi öldürmek kastının delili katisi sayılması". "Sanığın hamil olduğu çifte tüfeğinin her iki gözünü ayrı ayrı kullandığı ve cürmün husulünü muktazi bütün vesaita müracaat eylediği ve muharrik bir hedefe tehevüren yapılan atışta cüzî bir inhiraf ile isabet sahasının değişmesi daima varit bulunduğu halde silâhın bilhassa kola isabet ettirmek maksadı ile atılmış olması kabule şayan olmayıp fiilde öldürme kastının bulunmadığının kabulünün yolsuz olduğu", "Sanığın yere düşen mağduru kucaklayıp ne oldu, demesi öldürme kastını ortadan kaldıracak bir sebep teşkil etmeyip sanığın duçar olacağı ceza mesuliyetinden korktuğunu izhar edecek mahiyette olduğu", "Tabanca ile bir kere ateş edilmiş olmasının kastın her zaman ademi mevcudiyetine delalet edemeyeceğine", "Bu gibi hallerde kalbine kurşun isabet eden mağdurun yere yıkılması karşısında silahta başka kurşun mevcut olduğu halde onların kullanılmamış olmasının öldürmek kastını bertaraf edemeyeceğine", "Hâdisede suçlunun mağdura karşı duyduğu kin, kullanılan silâhın cinsi, hedef tutulan vücut kısmı ve darbenin şiddetine bakarak kastın mevcudiyetinin anlaşılabilirliğine", "Yaranın çakı ile bağırsağı delinceye kadar açılması öldürmek kastının açık delili iken suçlunun katil kastına mukarin olmaksızın ölüme sebebiyetten cezalandırılmasının yolsuz olduğuna" karar verilmiştir. Bir İtalyan Yargıtay kararında ise şu ifade vardır: [(Giuris. Comp. Cass. Pen), 1950, n. 539; CGK. 16.4.951, e. 30, k. 16]: "Sanığın kısa mesafeden ateşli silâh ile göğsünden yaraladığı mağdurun düştüğünü görmesi üzerine maksadının tahassul ettiğini anlayarak kaçmış olması katil kastının ifadesidir."¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁹ Mehmet Cemil OZANSÜ (2007), *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 193-194.

¹⁰⁸⁰ Faruk EREM (1953), "Adam Öldürme", *AÜHFD*, S. 10 (1-4), s. 33-91, <https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php>. ET. 22.05.2022

3.3.1.3 İhmali Davranışla Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257/2) ile Farkı

Kamu görevlisi olan tıp mesleği mensupları bakımından tıbbi yardımda bulunmak yasal görevlerindedir. Bu bakımdan, yardımda bulunmamak ya da geciktirmek sonucunda hasta zarar görmese dahi görev suçu oluşabilir. 5237 sayılı TCK 257/2. maddesindeki ihmali davranışla görevi kötüye kullanma (görevi ihmal) suçunun oluşması için, görevin gereğine aykırı hareketin; kişilere haksız kazanç sağlaması, kişilerin mağduriyetine veya kamu zararına yol açması gerekmektedir.

Hekim veya tıp mesleğini icra eden kamu görevlisinin, tıp bilimi veya mesleğine uymayan ve dolayısıyla görevin gereğine aykırı olan davranışının belirtilen neticelerden herhangi birine yol açmaması durumunda, eylem yalnızca disiplin suçu niteliğinde kalacaktır. Bu bakımdan, hastanın sağlığında somut bir zarara yol açmasa dahi, hekimin görev gereğine aykırı davranışının hasta veya tıbbi hizmet için başvuran kişinin mağduriyetine yol açması halinde, icrai veya ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.

Örneğin, hekimin hastanın annesiyle tartışıp, hastayı muayene etmemesi, doğum için gelen hastayı kabul etmeyip, il hastanesine sevk etmesi, spiral takılması için sağlık ocağına başvuran kişiye yasal tıbbi yardımın yapılmaması gibi kişi mağduriyetine (hak ihlaline) yol açan olayların 765 sayılı TCK'nın 228. maddesindeki özel nitelikli görevi kötüye kullanma suçu vasfındaki kişiye keyfi muamele suçunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 257/2. maddesindeki ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı açıktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun konuya ilişkin bir kararı aşağıdadır.¹⁰⁸¹

¹⁰⁸¹ "... Direnme hükmünün de sanık müdafî tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 17.06.2015 gün ve 200283 sayılı "bozma" istekli tebliğnamesiyle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca 07.12.2016 gün ve 571-834 sayı ile; 6763 sayılı Kanunun 38. maddesi ile 5320 sayılı Kanuna eklenen geçici 10. madde uyarınca kararına direnilen daireye gönderilmiş, aynı madde uyarınca inceleme yapan Yargıtay 12. Ceza Dairesince 01.03.2017 gün ve 30-1546 sayı ile, direnme kararının yerinde görülmemesi üzerine Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanık Enver İleri hakkında taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçundan verilen beraat hükmü temyiz edilmeksizin kesinleşmiş olup direnme ve temyiz kapsamına göre inceleme, sanık ... hakkında taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçundan verilen mahkûmiyet hükmü ile sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; doktor olan sanığın eylemi ile gerçekleşen ölüm neticesi arasında nedensellik bağı bulunup bulunmadığı, buna bağlı olarak da eyleminin TCK'nun 85/1. maddesi kapsamında taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçunu mu, yoksa TCK'nun 257/2. maddesi kapsamında görevi ihmal suçunu mu oluşturacağını belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Olay günü saat 11.25 sıralarında inceleme dışı sanık Enver İleri'nin yönetimindeki kamyon ile kavşak çıkışına geldiğinde, sağ tarafından karşıdan karşıya geçmek üzere yola giren 76 yaşındaki yaya ...'a çarptığı, ...'ın saat 12.30 sıralarında Erciş Devlet Hastanesinin acil servisine yaralı olarak getirildiği, nöbetçi olan pratisyen hekim sanık ... tarafından yaralı şahsa müdahale edilip beş saat müşahede altında tutulduktan sonra saat 17.00 sıralarında taburcu edildiği, saat 17.48'de bilinci kapalı bir şekilde tekrar hastaneye getirilen ...'ın hastanede yapılan müdahalelere rağmen öldüğü,

Sanık tarafından düzenlenen 19.09.2005 tarih ve 72025 sayılı adli rapor formunda; "saat 12:48'de geldiği, genel durum iyi, bilinç açık, oryante, koopere, yapılan FM'de; alın sağ kısmında 4x5 cm'lik ekimoz alanı mevcut, her iki diz üzerinde 2 cm'lik ekimoz mevcut, her iki el üzerinde 1 cm'lik ekimotik alanlar olduğu, hayati tehlikesi olmadığı, yaralanmanın basit müdahale ile ...; konuşma normal, duyu ve organlar normal, fraktür yok, geçici hekim raporu olduğu, kati raporun 24 saat sonra verileceği",

Aynı tarihte sanık tarafından düzenlenen 72095 sayılı adli rapor formunda; "saat 17.45'de geldiği, GD. kötü, TA: 40/20, spontan solunumu mevcut, damar yolu açılarak sıvı takıldığı, entübe edildiği, TA alınmadığı, EKG'de atım kaybolduğu, elektrokardiyoversiyon yapıldığı, resüsitasyona devam edildiği, yanıt vermeyen hasta ex kabul edildiği",

Bilgilerine yer verildiği,

Malatya Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından düzenlenen adli muayene ve otopsi tutanağına göre; sağ temporalden başlayan kafa sağ orta çukura doğru ilerleyen 6 cm uzunluğunda lineer kırık hattı olduğu, göğüs solda 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 ve 8. kaburgaların skapüller hattın; 3, 4, 5, 8, 9 ve 10. kaburgaların klavikuler hattın; sağda 2, 3, 4, 5 ve 6. kaburgaların klavikuler hattın; 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 ve 10. kaburgaların skapuler hattın; sağ klavikulanın ortadan kırık oldukları, yine sol klavikulanın da kırık olduğu, tüm kırık bölgelerinde ekimozlu kanama saptandığı ve kesin ölüm nedeninin belirlenemediği,

Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 17.02.2006 tarihli rapora göre; dosyadaki 7 adet direkt grafinin incelenmesinde sağ klavikula kırığı, sağ hemitoraksta yaygın cilt altı amfizemi ile seri kot kırıkları; solda seri kot kırıkları, pnömotoraks, cilt altı amfizemi, ischon pubis kırıkları belirlenen kişinin ölümünün trafik kazasına bağlı kaburga, kalça, kafatası, köprücük kemiği kırıkları ile birlikte iç organ yaralanması ve bunlara bağlı gelişen komplikasyonlar sonucu meydana geldiği,

Operatör Doktor Akif Emre Nurfoğlu tarafından düzenlenen ön inceleme raporuna göre; yapılan otopside sağ temporal kemikte kırık saptandığı, ancak bu tür kırıklarda hayati tehlike oluşturacak beyin hasarının beklenmediği, otopsi raporunun da bu yönde olduğu, otopside göğüs açıldığında kaburgalarda tespit edilen kırıkların bir kısmının travma sonucu, bir kısmının ise yapılan resüsitasyon esnasında kalp masajı sonucu oluştuğu kanaatinde olduğu, ölenin röntgen filmlerinde pnömotoraks ve hemotoraks olmadığı belirlendiğinden kırık olmasına rağmen tedavisinin ilaç ile yapıldığı, bu durumlarda başka bir tedavi metodu olmadığı, haliyle yapılan tedavinin doğru olduğu, ölene müdahale eden sanık doktorun tespit edilen kaburga kırıkları için sadece ilaç tedavisi uygulayıp gözleme alarak solunum sıkıntısı olmadığını görüp daha sonra taburcu etmesinin doğru bir uygulama olduğu, bu süre zarfında hayati önemi haiz bir semptomla karşılaşılması nedeni ile de tedaviyi sonlandırmasında bir kusurunun görünmediği,

Yüksek Sağlık Şûrası kararına göre; sanığın multitravmalı hastaya yaklaşımda hatalı olduğu, kırıkları tespit edemediği, ağır travmaya rağmen hastayı sevk etmediği ve gerekli konsültasyonları yapmadan hastayı evine gönderdiği, hastanın durumunu multidisipliner değerlendiremediği ve tıbbin gereklerini yapmadığından kusurlu olduğu, kaza ile ...'ın ölümü arasındaki illiyet bağını sanığın bu kusurlarının kesmediği,

Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 13.03.2013 tarihli rapora göre; dosyada mevcut grafilere bilateral multipl kot, sağ klavikula, sağ ramus pubis superior ve inferior kırıkları ile sol pnömotoraks cilt altı amfizemi olduğu dikkate alındığında kırıkların tespit edilmemesinin eksiklik olduğu, ancak kişide tespit edilen travmatik değişimlerin ağırlıkları ve kişinin yaşı da dikkate alındığında zamanında tespit edilerek uygun tedavisinin başlanması durumunda da kişinin kurtulmasının kesin olmadığı, anlaşılmıştır.

...

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

3.3.2 Acil Servislerde Triyaj Uygulamaları Dahilinde İhmal Suçu

3.3.2.1 Genel Mülahaza

“Tıbbi Müdahale” kavramı; Hasta Hakları Yönetmeliği’nde 08.05.2014 tarihinde yapılan değişiklik ile ilave edilmiştir. İlgili yönetmeliğin 4/g maddesinde bu kavram; “Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişim” olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁸² Ceza Muhakemesinde, “Beden Muayenesinde, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik” 3. maddesinde,

Olay günü saat 11.25 sıralarında inceleme dışı sanık Enver İ...’nin yönetimindeki kamyon ile kavşak çıkışına geldiğinde, sağ tarafından karşıdan karşıya geçmek üzere yola giren 76 yaşındaki yaya ...’a çarptığı, Erciş Devlet Hastanesi acil servisine yaralı olarak getirilen ...’a ilk müdahalenin nöbetçi doktor olan sanık tarafından yapıldığı, röntgen çekilmesine, serum takılmasına ve açık olan yaralar için pansuman yapılmasına karar veren sanığın, ağrılarından şikâyetçi olan ve bir defa da kusan ...’ı serumu bittikten sonra taburcu ettiği, yakınları tarafından ayaklarından ve omuzlarından tutularak araca bindirilen ...’ın eve gittikten çok kısa bir süre sonra bilincini kaybetmesi üzerine tekrar hastaneye getirildiği, sanık tarafından yapılan müdahalelere rağmen hayatını kaybettiği olayda; ...’ın ölümünün trafik kazasına bağlı kaburga, kalça, kafatası, köprücük kemiği kırıkları ile birlikte iç organ yaranlanması ve bunlara bağlı gelişen komplikasyon sonucu meydana geldiğine dair Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun 17.02.2006 tarihli raporu; sanığın tıbbın gereklerini yapmaması sebebiyle kusurlu olduğuna ancak bu kusurlarının kaza ile ...’ın ölümü arasındaki illiyet bağını kesmediğine ilişkin Yüksek Sağlık Şurası kararı ve kırıkların tespit edilememesinin eksiklik olduğuna ancak kişide tespit edilen travmatik değişimlerin ağırlıkları ve kişinin yaşı da dikkate alındığında, zamanında tespit edilip uygun tedaviye başlanması durumunda dahi kurtulmasının kesin olmadığına dair Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun 13.03.2013 tarihli raporu birlikte değerlendirildiğinde; sanığın davranışları ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağının kesin olarak belirlenemediği, bu nedenle sanığın meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacağı, bununla birlikte Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğininin 24. maddesinin 2 ve 3. fıkraları gözetildiğinde sanığın, genel beden travmasına ve çoklu kemik kırıklarına maruz kalmış öleni stabilizasyonu sağlanıncaya kadar ve tıp çevrelerinde genel olarak kabul gördüğü şekilde yirmi dört saat müşahede altında tutması veya başka bir sağlık kuruluşuna sevk etmesi gerekirken, beş saat sonunda taburcu ederek evine göndermesi suretiyle görevinin gereklerini yerine getirmekte ihmal gösterdiği, bu haliyle eyleminin TCK’nun 257/2. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçunu oluşturduğu ve bu suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın eyleminin taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçu kabul edilerek TCK’nun 85/1. maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır. Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmünün, sanığın 5237 sayılı TCK’nun 257/2. maddesi uyarınca mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden aynı Kanunun 85/1. maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Erciş 3. Asliye Ceza Mahkemesininin 26.03.2015 gün ve 25-213 sayılı direnme hükmünün, sanığın 5237 sayılı TCK’nun 257/2. maddesi uyarınca mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden aynı Kanunun 85/1. maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi isabetsizliğinden BOZULMASINA,

2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 16.05.2017 tarihinde yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.” YCGK, E: 2017/271, K:

2017/278, T: 16.05.2017, Kazancihukuk.com,

<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6cjzS17xTwNwsisN6fiEn0MUf9Q~~&=0.2363151374165915>. ET. 19.05.2022

¹⁰⁸² Ahmet ER, Ömer TOPAÇ ve Serap KAYGUSUZ 2021, age, s. 32.

müdahale ve cerrahi müdahalenin tanımları yapılmış olup, buna göre tıbbi müdahale, “hekim veya diğer sağlık personeli tarafından teşhis, tedavi, rehabilitasyon ve önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbi işlemlerdir.” Cerrahi müdahale ise, “tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan teşhis ya da tedaviye yönelik operasyonlardır.”¹⁰⁸³ Kirit ise tıbbi müdahaleyi şu şekilde tanımlamıştır: “Tıbbi müdahale; gerçekleştirilen müdahale bakımından yetkili kılınmış kişilerce, hukuken öngörülmüş amaçlara yönelik olarak, tıp bilimine genel kabul görmüş kurallar ışığında, müdahalenin yöneldiği kişinin bilgilendirilmiş rızası ve/veya diğer hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı şartıyla gerçekleştirilen her türlü müdahaledir.”¹⁰⁸⁴

Hukuka uygun tıbbi müdahalenin unsurları öğretilerde açıklanmıştır. Bu unsurlardan birinin bulunmaması halinde tıbbi müdahale hukuka uygun sayılamaz.¹⁰⁸⁵ a) Tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler tarafından uygulanmalıdır, - b) Hukuken kabul edilen bir amaca yönelik olmalıdır, - c) Tıbbin sınırları içerisinde kalmalıdır, - d) Hastanın aydınlatılmış rızası (onamı) bulunmalıdır.¹⁰⁸⁶

3.3.2.2 Triyaj ve Hasta Seçiminde Yaşanan Sorunlar

Trijaj, savaş alanlarında ve acil servislerde tıbbi müdahale önceliklerini belirleme sistemidir. Bu öncelikler; hastanın yaşama şansı, durumunun aciliyeti gibi unsurlara dayanarak belirlenir.¹⁰⁸⁷ Esasında sınırlı kaynakların tedaviye ihtiyaç duyan birden fazla hastaya tahsis edilmesi tıp bilimine yabancı değildir. Tıpta böyle durumlar bakımından uygulanan usuller triyaj tabiri altında ele alınmaktadır. Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği’ne (m. 4/y) göre triyaj:¹⁰⁸⁸ ‘Çok sayıda hasta ve yaralının bulunduğu durumlarda, bunlardan öncelikli tedavi ve nakledilmesi

¹⁰⁸³ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=8202&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>. ET. 12.04.2021

¹⁰⁸⁴ Ecem KIRKİT (2016), *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 15.

¹⁰⁸⁵ Nejdet ŞATIR (2015), *Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Soruşturma Usulleri*, 1.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, s. 15.

¹⁰⁸⁶ Hasan Tahsin KEÇELİGİL (2021), “Covid-19 Pandemisinde Hasta Seçimi Bakımından Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Etik İlkeleri Bağlamında Hekimin Ceza Sorumluluğu”, *İçinde, Bir Küresel Salgın ve Hukuk: COVID-19*, Ed. Murat Batı, Sezai Çağlayan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 145-180.

¹⁰⁸⁷ VİKİPEDİ, ÖZGÜR ANSİKLOPEDİ (2022), Triyaj, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Trijaj>. ET. 27.04.2022

¹⁰⁸⁸ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2022), Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4798&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>. ET. 27.04.2022

gerekenlerin tespiti amacıyla, olay yerinde ve bunların ulaştırıldığı her sağlık kuruluşunda yapılan hızlı seçme ve kodlama işlemi' olarak tanımlanmaktadır. Acil durumların dışında özellikle savaş, doğal ve insan kaynaklı afetler hallerinde de mevcut sınırlı kaynakların nasıl tahsis edilmesi gerektiğine yönelik yerleşik bazı triyaj usul ve kuralları mevcuttur.¹⁰⁸⁹ Acil serviste rutin olarak uygulanan triyajla, afetlerde kullanılan triyaj arasında önceliklendirme aşamasında belirgin farklılıklar vardır. Afetlerde triyaj, hastaları sınıflandırmaya ve önceliklendirmeye ek olarak, aynı zamanda var olan kıt kaynakları en fazla yarar sağlayacak şekilde tahsis etmeyi de içerir.¹⁰⁹⁰ Dünya Tabipler Birliği (World Medical Association, WMA) tarafından, 1996 yılında yayınlanan Stockholm Bildirgesi (46. DTB Genel Kurulu'nda benimsenmiştir. Stockholm, İsveç, Eylül-1994) olağan dışı durumlarda (savaş, terör olayları, doğal afetler) zarar görenlere ilişkin triyaj (ayırım) kriterleri ortaya koymuştur.¹⁰⁹¹

YBÜ'lerde kıt kaynakların tahsisi noktasında, Savulescu ve arkadaşlarına göre; etikte, bu soruna iki geniş yaklaşım vardır: eşitlikçilik ve faydacılık. Eşitlikçiliğe göre, her kişiye ihtiyaca göre eşit muamele edilmelidir: eşit ihtiyaç için eşit muamele. Filozof John Harris, her mantıklı kişinin sağlık hizmetlerinden en az üç şey istediğini savunuyor: 1) kendisi için mümkün olan maksimum yaşam süresi, - 2) kendisi için en iyi yaşam kalitesi, - 3) en iyi fırsat ve/veya şans. İnsanlara eşit muamelesi yapmak, her kişinin kendi iddiasına eşit ağırlık vermeyi içerir. Erişim eşitliği, her bir hastanın tedaviden yararlanma olasılığını göz ardı etmemizi gerektirir. Ancak bu, kabul edilen uygulama ile tutarsızdır. Örneğin, Britanya'daki yaşlı kadınların başarılı bir sonuç alma şansları daha düşük olduğu için her gün in vitro fertilizasyona (IVF) erişimleri engelleniyor. IVF, yaş temelinde çok net bir şekilde rasyonel hale getirilir ve 39 yaşın üzerindekiilere tedavi sunulmaz, çünkü başarılı olma olasılığı çok düşüktür. Bu, maksimum faydanın sınırlı IVF kaynaklarından elde edilmesini sağlamanın orantılı bir yolu olarak kabul edilir. Eşitlikçilik, yalnızca ihtiyacın dikkate alınmasını gerektirir. Olasılık, uzunluk veya

¹⁰⁸⁹ Mehmet ARSLAN (2020), "KOVID-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Trijaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, S. 3, s. 361-384.

¹⁰⁹⁰ Mehmet Mahir KUNT, Mehmet Ali KARACA (2020), "COVID 19 Pandemic and Emergency Service Triage", *Anatolian Journal of Emergency Medicine*, S. 3 (3), s. 96-98.

¹⁰⁹¹ TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ (2022), Dünya Tabipler Birliği Bildirgesi Felaket Olayında Tıp Ahlak Kuralları, <https://www.ttb.org.tr/TD/TD48/etik.html>. ET. 27.04.2022

yaşam kalitesi değerlendirmesini reddeder. John Taurek'in iddia ettiği gibi, beş veya bir kişiyi kurtarma kararıyla karşı karşıya kaldık, bir yazı tura atmalıyız çünkü bu, herkese kendisi için en önemli olan şey için eşit şans verir: hayatları. Herkes kurtarılamadığında eşitlikçilik, kaynakları adil bir şekilde tahsis etmek için piyango (çekiliş) veya başka prosedürler gerektirir. Buna karşılık, faydacılığa göre, doğru eylem biçimi, faydayı veya üretilen iyiyi maksimize eden eylemdir. İngiliz filozof Jeremy Bentham, faydacılığın babasıdır ve "en büyük sayı en büyük iyiliktir" ifadesiyle ünlüdür. Faydacılık, başarı olasılığının, uzunluğunun ve yaşam kalitesinin dikkate alınmasını gerektirir.¹⁰⁹² Genel bir kura uygulamasının kontrol kaybına yol açacağı ortadadır. O durumda, 'En fazla sayıda yaşam kurtarmak' kuralının makul ve kontrollü bir şekilde işletilmesi mümkün olmayacaktır.¹⁰⁹³⁻¹⁰⁹⁴ Burada, Ord. Prof. Dr. Kemal Atay'dan (1890-1978) hasta seçimi (triyaaj) konusunda düşündürücü bir anıyı da nakledeyim: "Ahmed Kemal (Atay), Birinci Dünya Savaşı başında Halep Gureba Hastanesi Başhekimi ve Operatörü olmuş daha sonra Kudüs ve başka Hilâl-i Ahmer (Kızılay) hastanelerinde görev yapmıştı. Harp içerisinde 1916 yılında Almanya'ya giderek, Berlin Üniversitesi Charité Hastanesi'nde ünlü cerrah Prof. Dr. Auguste Bier'in (1861-1949) yanında kendisini yetiştirmeyi sürdürmüştür. Atay'ın Berlin'deki asistanlık günlerine ait, Dr. A. Talip Arban'a anlattığı anısı, hekimin ancak az sayıda kişiye yardım edebileceği durumlarda vereceği karar açısından düşündürücü bir örnektir (2): "...Berlin'de hafta sonları civarı tanımak için etrafta gezerdim. Bir akşam geç kalarak nehir geçmede kullanılan son feribotu kaçırdım. Böylece geceyi karşı sahilde bir küçük otelde geçirmeye mecbur kaldım. O zaman, yanımdaki para ancak otelde geceyi geçirmeye ve lokantada sadece bir çorba içmeye kâfi geldiğinden, çorbayı mümkün olduğu kadar yavaş içerek açlığımı telafiye çalışırken, kasada oturan lokanta sahibi ayağa kalktı. O zamana kadar onun bir bacağının ampute edilmiş olduğunu fark etmemiştim. Bana, 'Siz Dr. Kemal Bey misiniz? Beni tanıdınız mı? Siz benim hayatımı kurtardınız' dedi. Hayal meyal biraz hatırlayabildim. O sırada Almanlar taarruz ediyorlar, dolayısıyla cepheden çok yaralı geliyordu. Koridorlarda yatan yüzlerce yaralıdan ancak vizitte şefin gösterdiği, ümit veren cüz'i bir miktar ameliyat ediliyor, gerisi maalesef ölüme terk ediliyor ve

¹⁰⁹² Julian SAVULESCU, James CAMERON ve Dominic WILKINSON (2020), "Equality or utility? Ethics and Law of Rationing Ventilators", *British Journal of Anaesthesia*, S. 125 (1), s. 10-15.

¹⁰⁹³ Mehmet ARSLAN 2020, age, s. 361-384.

¹⁰⁹⁴ Hasan Tahsin KEÇELİGİL 2021, age, s. 145-180.

yaralıları da bunu biliyorlardı. Otel sahibi dedi ki, 'Ben bu talihliler arasında değildim. Fakat siz, Şef gittikten sonra tekrar gelerek, sıhhiyelere beni derhal ameliyata hazırlamalarını söylediniz.' Bu sözleri ardından masam derhal o zamanın en iyi yiyecekleri ile donatıldı. Israrıma rağmen ücret de almayarak, beni ertesi sabah feribota kadar geçirdi."¹⁰⁹⁵

3.3.2.3 Triyaj ve Hekimin Ceza Sorumluluğu

Hekimlerin ceza hukuku yönünden sorumluluğu sadece mesleklerini icra dolayısıyladır. Çünkü meslek suç işlemede araç olabilir veya işlenmesi için kolaylık sağlar veya ortam yaratır. Elbette hekimler de insandır. Meslekleri ile bağlantılı olmayan birçok suçu da işlemektedirler.¹⁰⁹⁶

Tıp alanında genel olarak sınırlı kaynakların dağıtımı konusunda tıbbi değerlendirmeye karar verip uygulama yapmak elzem olmakla beraber çoğu zaman olanaklı olmamaktadır. Hekim çoğu kez tıbbi nedenlerle, sosyal hatta ekonomik nedenlerin arasına sıkışıp kalmakta, bu durum ise kaynakların adaletsiz dağılımına neden olmaktadır.¹⁰⁹⁷ Cin'e göre; özellikle Türkiye gibi sağlık ve sosyal güvenlik sistemlerinde ciddi sorunlar bulunan ülkelerde bu adaletsizlik sıklıkla yaşanmakta, adalet ve eşitlik kavramlarının ihlali müeyyideye bağlanmadıkça problem büyümektedir. Sorunun birinci boyutu, kıt kaynakların, bunlara ihtiyacı olanlar arasından nasıl bir seçim yapılarak kullanılacağı noktasındadır... Meselenin öteki boyutu ise, tedavi imkanlarının sınırlı olduğu alanlarda hekim sadece nüfuzlu hasta veya yakınlarının baskıları altında değil aynı zamanda etik ve vicdani bir ikilem altında da kalacak olmasıdır. Kişilere adil ve eşit davranılması her ne kadar anayasal bir buyruk ise de maalesef adam kayırma, nüfuz kullanma ve hatır gönül ilişkileri tüm hizmetlere yansiyabilmekte, hekimler, hasta ve yakınları tarafından ekonomik, sosyal ve hatta siyasi baskı altına alınabilmekte, böyle bir gücü olmayan hastalar kaderleri ile baş başa kalabilmektedir.¹⁰⁹⁸

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, 2. maddesinde hastanın cinsi, ırkı, milliyeti dini, ahlaki düşünceleri, toplumsal seviyesi ve mevki ne olursa olsun hekimin hastasına

¹⁰⁹⁵ TIP ETİĞİ VE TIP HUKUKU DERNEĞİ BÜLTENİ (2008), "Ord. Prof. Dr. Kemal Atay'dan (1890-1978) Hasta Seçimi (Triage) Konusunda Düşündürücü Bir Anı" S. 6 (3), s. 20.

¹⁰⁹⁶ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 119-137.

¹⁰⁹⁷ Hasan Tahsin KEÇELİGİL 2021, age, s. 145-180.

¹⁰⁹⁸ M Onursal CİN (2004), *Tıbbi Etik ve Cezai Sorumluluk* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, s. 151-158.

olan özenli tedavi borcunu düzenlerken "eşit muamele" ilkesini ortaya koymuştur. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları adlı yönetmeliğin 6. maddesi ise görevlerini yerine getirirken hekimin uyması gerekli evrensel tıbbi etik ilkelerinin arasında adalet ilkesini de saymıştır.¹⁰⁹⁹

Ülkemizde konuyla ilgili en kapsamlı düzenlemeleri Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY) içerir. Yönetmelik birden fazla hükmüyle konuya açıklık getirmeye çalışmıştır. Düzenlemenin 5. maddesini c bendi (*HHY: m.5/c-Sağlık hizmetinin verilmesinde, hastaların, ırk, dil, din ve mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve ekonomik ve sosyal durumları ile sair farklılıkları dikkate alınmaz. Sağlık hizmetleri, herkesin kolayca ulaşabileceği şekilde planlanıp düzenlenir.*) Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 2'nin¹¹⁰⁰ (*TDN: m.2 – Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir. Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevki ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir.*) eş düzenlemesidir. Yönetmeliğin 6. maddesi (*HHY: m.6-Hasta, adalet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde sağlıklı yaşamının teşvik edilmesine yönelik faaliyetler ve koruyucu sağlık hizmetleri de dahil olmak üzere, sağlık hizmetlerinden ihtiyaçlarına uygun olarak faydalanma hakkına sahiptir. Bu hak, sağlık hizmeti veren bütün kurum ve kuruluşlar ile sağlık hizmetinde görev alan personelin adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun hizmet verme yükümlülüklerini de içerir.*), sağlık hizmetlerinden adalete ve hakkaniyete uygun olarak faydalanma hakkını hükme bağlar. Yönetmeliğin "Öncelik Sırasının Belirlenmesini İsteme Başlıklı" 10. maddesi ise (*HHY: m.10- 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.*) 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

¹⁰⁹⁹ Age, s. 151-158.

¹¹⁰⁰ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf>. ET. 01.05.2021

hakkı olduğu belirtilmektedir.¹¹⁰¹ Cin'e göre; madde böyle bir haktan bahsetmiş olsa da ne diğer maddelerde ne de sağlık mevzuatını oluşturan farklı metinlerde öncelik sırasının belirlenmesi konusunda yasal kriterler bulunmaktadır.¹¹⁰²⁻¹¹⁰³

Söz gelimi, aynı anda solunum cihazına acil olarak bağlanması gereken iki hasta karşısında hekim her iki hastası için bu yükümlülüğüne uygun davranabilecek fiili imkâna sahip değildir. Birisini fiilen kurtarması, diğerinin ölümü ile sonuçlanacaktır. Başka bir ifadeyle, böyle bir durumda 'yükümlülükler arasında bir çatışma' mevcuttur. Hekim, ikisi arasında seçim yapmak, birisine karşı diğerine öncelik vermek zorundadır. Yaptığı seçim sonucu tedavisini gerçekleştiremediği hasta bakımından ölüm neticesinin doğmasını önleyememektedir. Daha terminolojik bir ifadeyle, ölümü engelleyecek tedaviyi ihmal etmek zorunda kalmakta ve bundan dolayı hasta ölmektedir. Hekimin bu eyleminin ceza hukuku bakımından nitelendirilmesi hususunda farklı görüşler mevcuttur.¹¹⁰⁴ Yargıtay'ın eski bazı kararlarında savunduğu bir görüşe göre; yükümlülükleri arasında çatışma yaşayan kişinin ihmal ettiği yükümlülük bakımından kasıtlı davrandığından bahsedilemez. Esasında ceza hukuku yukarıda belirtilen hekimin seçim zorunluluğunu 'yükümlülüklerin çatışması' olarak zaten tanımaktadır.¹¹⁰⁵ Bu bağlamda günlük klinik hayatta gündeme gelebilecek, konuyla doğrudan ilgili ve oldukça ünlü bir diğer örneği aktarmak uygun olacaktır. Eğer 60 yaşında bir hasta halihazırda mevcut tek kalp-akciğer makinası bağlıysa ve aynı kliniğe yine o makinaya bağlanması gereken 20 yaşında bir hasta getirilse; 20 yaşındaki hastanın tedavi edilebilmesi ve bu nedenle makinanın boşa çıkartılması amacıyla, 60 yaşındaki hastanın ilgili makinadan ayrılması ve böylelikle hastanın tedavisinin kesilmesi, hukuka uygunluk sebebi olarak zaruret hali ile hukuka uygun kılınmaz. Burada gözetici (garantör) konumunda olan hekim yönünden, yükümlülükler çatışması mevcuttur. Ancak burada eylemde bulunma yükümlülüğü (Handlungspflicht, Alm.) ile ihmalde bulunma yükümlülüğü (Unterlassungspflicht, Alm.) karşı karşıya geldiğinden, 20 yaşındaki hasta yönünden hekimin ihmali davranışı yani eylemde bulunma

¹¹⁰¹ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), Hasta Hakları Yönetmeliği, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>. ET. 27.04.2021

¹¹⁰² M Onursal CİN 2004, age, s. 151-158.

¹¹⁰³ Hasan Tahsin KEÇELİGİL 2021, age, s. 145-180.

¹¹⁰⁴ Age, s. 145-180.

¹¹⁰⁵ Pınar BACAKSIZ (2013), "Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması". *Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza Hukuku Dergisi*, C. 8 (21), s. 119-138.

yükümlülüğünü o hasta açısından ihmal etmesi, yükümlülükler çatışması kapsamında hukuka aykırı olmayacaktır.¹¹⁰⁶

Hiç kimsenin mümkün olandan fazlasını gerçekleştirmekle yükümlü tutulamayacağı (ultra posse nemo obligatur) ceza hukukunda da kabul edilen bir prensiptir. Hekimin aynı anda her iki hastayı da kurtarması fiilen mümkün değildir. Aleyhine seçim yaptığı kişi bakımından ortada bir imkânsızlık durumu vardır. Kanunumuzda açıkça düzenlenmeyen, ancak öğretide kabul edilen ‘yükümlülüklerin çatışması’ savına dayanıldığında; hekimin davranışının hukuka uygun olduğu kabul edilecektir. Hatta ‘yükümlülüklerin çatışması’ savına ilişkin bir anlayışa göre; hekimin yukarıda hastalar arasında seçimde bulunurken etiksel anlamda gözetmesi gereken nedenlerden hangisine dayandığının bir önemi yoktur. Aksi görüşe göre ise, yükümlülüklerin çatışması halinde dahi hekimin yaptığı seçimin etiksel anlamda kabul edilebilir olması gerekir. Buna göre, örneğin şayet hekim daha az ömrü kalan yaşlı hastaya genç hastayı tercih ederse, cezai sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır. Kanaatimizce, hekimin seçimine etiksel olarak doğru olmayan kriterleri almış olmasının ceza hukuku sorumluluğunu belirlerken göz önüne alınması; hukuki sorumluluk ile etiksel sorumluluk arasındaki farkın göz ardı edilmesini doğuracaktır. Ayrıca hekim nihayetinde hukuki yükümlülüğü olan bir kişinin hayatını zaten kurtarmıştır.¹¹⁰⁷

Özetlersek, yükümlülüklerin çatışması, kişinin aynı anda yerine getiremeyeceği iki ayrı yükümlülüğün olması halinde bunlardan birini seçmesidir ve ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir. Ancak kişinin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için, öncelikle daha yüksek hukuki değeri korumaya yönelik yükümlülüğü tercih etmesi gerekir. Eğer korunan değerler birbirine eşitse, kurtarma ihtimali daha yüksek olana veya görece daha fazla tehlike altında olana öncelik verilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu şartlara uygun olarak yaptığı seçim nedeniyle fail artık sorumlu tutulamaz. Kısacası, yükümlülüklerin çatışması hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilmesi için failin

¹¹⁰⁶ Hilgendorf E (2005), “Tragische Fälle. Extremsituationen und strafrechtlicher Notstand”, Sicherheit statt Freiheit- Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen (Hg.: Ulrich Blaschke, Achim Förster, Stephanie Lump, Judith Schmidt), *Sonderdruck aus: Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 1002*, Berlin, s. 126, Aktaran Burcu Ertem 2015, age, s. 581.

¹¹⁰⁷ Mehmet ARSLAN 2020, age, s. 361-384.

ya yüksek ya da eşit olmakla beraber daha fazla tehlikede olan hukuki değeri seçmesi gerekir.¹¹⁰⁸

TCK m 25/2'ye göre “Zorunluluk hali” şu şekilde ifade edilmektedir: “*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*”

Ceza hukuku bakımından zorunluluk hâli, bir kimsenin bilerek neden olmadığı bir tehlikeden kendini veya bir başkasını kurtarmak için tehlikeyi uzaklaştırmak için yetecek ölçüde fakat suç teşkil eden bir fiili işlemesidir.¹¹⁰⁹⁻¹¹¹⁰

Türk hukukunda zorunluluk (ıztırar) hali bakımından orantılılığın korunan ve zarar verilen hak ve değerlerin eşitliği durumunda sağlanabilip sağlanamayacağı konusunda bir görüş birliği mevcut değildir. Görüldüğü kadarıyla Yargıtay ‘...mutlaka korunmak istenen hukuki değerın zarar verilene oranla önemli ölçüde üstün olması’ gerektiği görüşündedir. Ancak öğretide bunun aksine kural olarak eşit değerler bakımından da zorunluluk halinin olabileceğini kabul edilmekle birlikte, yaşam hakkı bakımından bazı çekincelerin olduğu da gözlemlenmektedir. Doktrinde bu bağlamda korunmak istenen değerın zarar verilen değerden daha üstün veya eşit olup olmadığına bakılarak zorunluluk halinin hukuki niteliği bakımından Alman Ceza Hukuku’nda olduğu gibi bir ayrıma gidilmesi gerektiği dile getirilmektedir. Buna göre korunmak İstenen değerın zarar verilen değerden açık bir şekilde daha üstün olduğu durumlarda zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmeli (Alman Ceza Kanunu m.34’te olduğu gibi); değerler arasında eşitlik olması halinde ise zorunluluk halinin sadece kusuru ortadan kaldıran bir hal olarak kabul edilmesi gerekmektedir (Alman Ceza Kanunu m.35’te olduğu gibi). Yeni TCK’da bu şekilde bir ayrıma gidilmeden,

CMK’da zorunluluk halinin varlığı durumunda kusurunun bulunmamasından dolayı faile ceza verilmeyeceğinin (m.223/3-b) düzenlenmiş olması

¹¹⁰⁸ FATİH YURTLU 2021, age, s. 579-636.

¹¹⁰⁹ Rıfat Murat ÖNOK ve Işık ÖNAY (2019), “Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, S. 77 (2), s. 847-895.

¹¹¹⁰ Timur DEMİRBAŞ 2018, age, s. 300.

eleştirilmektedir. ... Kurumun hukukî niteliği bakımından hükmün lafzından yola çıkarak da bir sonuca varmak mümkün değildir: Zorunluluk durumunda ‘faile ceza verilmez’ denilmek suretiyle, kurumun sadece hukukî neticesi ortaya konulmuştur. Bilindiği üzere, ister bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı sonucunda beraata hükmedilsin (CMK m.223/2), isterse kusurluluğu kaldıran bir nedenin varlığı sonucunda ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilsin (CMK m 223/3), her iki durumda da faile ceza verilmez.¹¹¹¹

Bu konuda Cin şöyle demektedir¹¹¹²: “Kıt kaynakların hekime bir seçme mecburiyeti yüklediği gerçektir. Stockholm Bildirgesi’nin belirlediği olağandışı durumlarda triyaj (ayıklama) ilkeleri kanaatimizce böyle bir durum için geçerlik kazanabilir. Ortada savaş ya da afet durumu olmasa da kıt kaynakların yarattığı bir imkânsızlık veya zaruret hali söz konusudur. Burada hekimin yardım yükümlülüğünü ihmal ettiği düşünülemez. Yaşam şansı daha yüksek olan üçüncü bir kişinin hayatının kurtarılması için bir başkası ölüme terk edilmektedir. Bu durum T.C.K.’nun [Türk Ceza Kanunu (Mülga), Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 01/03/1926, Yayımladığı Resmî Gazete Tarih: 13/03/1926, Yayımladığı Resmî Gazete Sayısı: 320] 49. maddesinde düzenlenen zaruret halinden başka bir şey değildir. Dolayısıyla hekime bir kusur izafe etmek mümkün olmayacaktır. Sorunun bizi daha çok ilgilendiren ve mutlak surette cezalandırılması gerektiğine inandığımız boyutu; adalet ilkesinin keyfi olarak ihlal edilmesidir. Keyfiyet zaman zaman yetkili merciin talimatlarından da kaynaklansa, bu emirlerin içeriğinin suç oluşturması halinde hekim hukuka uygunluk sebebi zırhından faydalanamayacaktır, örneğin günler öncesinden aldıkları sıra numarasıyla bekleyen hastaların yerine başhekimin isteği üzerine sıra harici hastaların tomografilerini çeken hekim, başhekimle beraber sorumlu olacaktır. Bu çerçevede hekimin dolu olan kliniğin son yatağına kendisine daha önce başvurmuş bir kişi yerine, nüfuzlu bir kimseyi yatırması keyfi bir muameledir.”¹¹¹³

Arslan’a göre; hekimlerin COVID-19 hastalarının tedavisinde bazı durumlarda vermek zorunda kalabilecekleri yoğun bakım yataklarının ve solunum cihazlarının tahsisi kararlarında; göz önüne almaları gereken etiksel kriterlerin adilliği, tedavinin başarı ihtimalinin yüksekliğine bağlı olacaktır. Ancak bu kriterin

¹¹¹¹ Rıfat Murat ÖNOK ve Işık ÖNAY 2019, age, s. 847–895.

¹¹¹² Hasan Tahsin KEÇELİGİL 2021, age, s. 145-180.

¹¹¹³ M Onursal CİN 2004, age, s. 151-158.

uygulama bulamayacağı bazı durumlarda, yedek kural olarak kura çekimine gidilmesi gerekecektir. Bunların dışında dikkate alınacak kriterlerin; kişisel hakların toplumsal faydanın maksimize edilmesine feda edilmesi ve negatif ayrımcılık yaratmaları halinde, etiksel olarak savunulması mümkün değildir.¹¹¹⁴

3.3.3 Pasif Ötanazi Çerçevesinde Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi Suçu

3.3.3.1 Genel Mülâhaza ve Tarihçe

Ötanazi, Yunancadan gelen ve iyi ölüm anlamına gelen bir kelimedir. Hukukta, dayanılmaz acılara maruz kalmış bir hastanın bilerek ve isteyerek ölmeyi istemesi ve kendisinin veya başka birisinin ölümü gerçekleştirilmesi demektir.¹¹¹⁵

Ötanazi tabirinin kökeni Latince “euthanatos= eu (hoş, güzel) + thanatos (ölüm)” sözcüğüne dayanmakta; adını da “thanatos” kelimesi itibariyle, eski Yunan mitolojisindeki Thanatos’dan yani ölüm tanrısından almaktadır.¹¹¹⁶

Littre'nin tarifine nazaran ötanazi (Eutbanaste) ağrısız ve ıstırap çekmeden ölmektir. Daha şümulü bir şekilde tarif etmek lâzım gelirse ötanazi şiddetli ağrılarla seyreden, tahammülü imkânsız ve tedavisi gayri kabil hastalıklarda insanın azap çekmeden ölmesi veya öldürülmesidir.¹¹¹⁷

Ötanazi teriminin, ilk kez Platon tarafından kullanıldığı belirtilmektedir. Platon’a göre, hastaların ya da diğer bir ifadeyle sağlıksız olanların ölüme terk edilmeleri kararının çıkış noktalarından biri “yaşamın niteliği”, bir diğeri de toplumun menfaatidir. Devlet ve toplum için kendilerinden bir fayda umulmayan, düzenin işleyişini aksatacak, topluma yük olacak bireylerin yaşamlarının sonlandırılması meşru kabul edilirken, bireylerin ölüm ve yaşamlarını ilgilendiren karara varılması sürecine katılmaları söz konusu değildir... Grekçede güzel ölüm anlamına gelen "euthanasia" kelimesinin tespit edilen ilk kullanımının Roma dönemine rastladığı ifade edilmektedir. Tarihçi Suetonius'un (M.S. 120) rivayetine

¹¹¹⁴ Mehmet ARSLAN 2020, age, s. 361-384.

¹¹¹⁵ Osman KAŞIKÇI (2008), “Hukuk Tarihinde Ötanazi”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 6, s. 85-99.

¹¹¹⁶ Burcu ERTEM 2015, age, s. 559 ve “EUTHANASIA” (2023), Merriam-Webster.com Dictionary, Merriam-Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/euthanasia>, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/euthanasia> ve “THANATOS” (2023), Merriam-Webster.com Dictionary, Merriam-Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/Thanatos>, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/Thanatos> ET. 14.01.2023

¹¹¹⁷ Adnan ÖZTÜREL (1957), “Ötanazi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 14 (1-4), s. 261-273.

göre: "İmparator Augustus, birinin çabuk ve ıstırsız bir şekilde öldüğünü duyduğu zaman, tam bu kelimeyi kullanarak, kendisi ve ailesi adına ötanazi için dua ederdi."¹¹¹⁸ Kendisini asarak veya kılıçla acı içinde ölmek yerine, acısız bir ölümü simgeleyen ötanazi; Eski Yunan'da, günümüze kıyasla daha geniş bir içerikle kabul görüyordu. İntiharla özdeşleşen bir biçimde ele alındığı için, bu dönemde baldıran otu gibi acısız ölüm sağlayan ilaçların geliştirilmesi, aynı devirlere rastlamaktadır. Örneğin baldıran otu içerek yaşamına son veren Sokrates'in ölümü, ötanazi olarak adlandırılmaktadır. Nitekim intihar eylemi, Eski Yunan'da "gönüllü ölmek" ve "ölümü yakalamak" gibi sözcüklerle adlandırılmaktaydı. Burada, intihar eyleminin de ötanaziye benzer biçimde, kendini öldürmek yerine bir tür "ölüm tercihi/seçimi/hakkı" olarak algılandığı tartışılabilir.¹¹¹⁹

"... Hipokrat andı tıp camiasının etik kayguları ve sorunlarını yansıtması açısından değerlidir. "... Benden ağı (zehir) isteyen onu vermeyeceğim gibi böyle bir hareket tarzını tavsiye bile etmeyeceğim." Yeminde hangi gerekçe ile olursa olsun intihara yardımın yasaklanması, o dönemde bu tür uygulamaların varlığına delildir.¹¹²⁰ Bugünkü manasıyla ötanazi 16'ncı asırdan itibaren münakaşa mevzuu olmuş lehine ve aleyhine fikirler ortaya atılmıştır. Ötanazi probleminin ilk defa Fransa'da ele alındığı zannediliyor (Derrbert). Valere Maxime, Marsilya'daki bir depoda, Phocéen senatosu önünde, ölümünü arzu ettiren sebepleri ispat edenlere, verilmek üzere, baldıran otundan yapılmış bir şerbetin muhafaza edildiğini söylüyor. Böyle bir şurubun ağrı ve ıstırdan kıvranan kimselere verilmesi bir dereceye kadar makul olabilir. Fakat resmî makamların bu şurubu sonsuz derecede bahtiyar olan, saadetlerinin sona ermesi ihtimali düşüncesiyle ölüm isteyenlere de vermesi calibi dikkattir.¹¹²¹

İngiliz devlet adamı ve felsefesi, Katolik Kilise'sinin övdüğü isim Thomas Moore (1478-1535), 1516 yılında Lieges'de neşrettiği "La Nouvelle ile d'utopie" isimli eserinde sun'î ötanazinin ilk müdafii olmuştur. Moore'un düşünceleri; hastaların kendi hayatlarına son verebilmelerinin yanı sıra hastanın rızası şartıyla bir

¹¹¹⁸ Bülent ÖZALTAY (1996), *Ötanazi ve Getirdiği Etik Sorunlar* (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi), İstanbul Üniversitesi, İstanbul Tıp Fakültesi, Deontoloji ve Tıp tarihi AD, s. 6, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/29616.pdf>, ET. 01.12.2022

¹¹¹⁹ Gül ALTAY (2005), Nitelikli Yaşam Hakkı için Ötanazi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 3.

¹¹²⁰ Yaşar YİĞİT (2003), "İslam Ceza Hukuku Açısından Ötanazi ve Hukuki Sonuçlarının Değerlendirilmesi", *İslami Araştırmalar Dergisi*, S. 16 (3), s. 337-349.

¹¹²¹ Adnan ÖZTÜREL 1957, age, s. 261-273.

başka kişinin de ölümü hızlandırmaya yardımcı olabileceğini içermesi açısından dikkat çekicidir. Bu bağlamda hastanın rızasına başvurulmaksızın böyle bir uygulamaya gidilmesi söz konusu bile olamaz. Burada Thomas Moore'un ötanazide yöneticilerin iznini öngördüğü gibi rahiplerin onayını da dile getirmesi, hatta bunun dini inancın bir gereği olmakla birlikte erdemli bir karar olduğu vurgusu yapması, düşündürücü olmanın yanı sıra bir anlamda dikkatleri üzerine çekmektedir.¹¹²²

Günümüzde algılandığı şekilde ötanazi kavramının ilk defa İngiliz felsefeci Francis Bacon (1561-1626) tarafından kullanıldığı ifade edilmektedir. Bacon, ideal bir toplum düzenine ilişkin ütopya denemesi olan “Novum Organum” isimli kitabının “Gayrî kabili şifa hastalıkların tedavisi ötanazi” bahsinde, bir hekimin görev ve sorumluluğunu şu şekilde tanımlar:

*“Hekimin görevi sadece hastanın sağlığını yeniden kazanmasına yardımcı olmak değildir. Bunun yanında hekimin acıları dindirme görevi de vardır. Üstelik bu görev yalnızca hastanın iyileşmesini sağlayacağı zaman değil, ölümü sağladığı zaman da vardır. O durumda tıbbın üçüncü bölümü hayatın sürdürülmesi ve uzatılması ile ilgilidir. Bu anlamda hekimlik yeni ve eksik olmakla birlikte diğerlerinden daha soyludur.”*¹¹²³“Hekimin vazifesi, hastanın ağrı ve ıstırapını dindirmek, sıhhatim düzeltmek olmakla beraber kolay ve sükûn içinde bir ölüme de hizmet edebilmektir.”¹¹²⁴ demektedir. Bacon, ölme noktasındaki hastalar için fayda vermeyecek tedavilere girişmenin yerine son zamanlarını mümkün olduğunca ağrısız ve ıstırapsız bir şekilde geçirmelerine yönelik tıbbi yardımı öngörmektedir. Ona göre, ölmekte olanın din adamı ve yakınları tarafından ruhsal teselli ile ölüme hazırlanmasına “euthanasia interiori”; ölmenin hekim tarafından kolaylaştırılması sürecine ise, “euthanasia exterior” denmektedir.¹¹²⁵ Şu halde ötanazinin modern tıp uygulamaları içinde geçerli olan anlamı, tıbbın teknik açıdan ulaştığı seviyeye bağlı olarak iyileştiremediği hastaların, istemeleri durumunda hayatlarının sona ermesine olanak sağlamasıdır.¹¹²⁶

¹¹²² Hasan TÜRKMEN (2015), “Ötanazi Sorunsalına Teolojik Açıdan Bir Bakış”, *Kelam Araştırmaları*, S. 13 (1), s. 495-519.

¹¹²³ Adnan ÖZTÜREL 1957, age, s. 261-273.

¹¹²⁴ Esra ALAN-AKCAN (2013a), “Ötanazi”, *İÜHFİM*, S. LXXI (1), s. 3-26.

¹¹²⁵ Sibel İNCEOĞLU (1999), *Ölme Hakkı*. 1. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, s. 17.

¹¹²⁶ Hasan TÜRKMEN 2015, age, s. 495-519.

Bacon'un ortaya attığı bu prensip revaç bulmamış ve uzun seneler bu mevzu unutulmuştur. 19'uncu asır başlangıcında, ötanazi meselesi, bazı romancılar tarafından tekrar ele alınmıştır. Maeterlinck, "La Mort" isimli eserinde ötanazinin modern müdafaasını yapmıştır. Maeterlinck, bütün hekimlerin birinci vazifesi; can çekişmenin elim ihtilâçlarını mümkün olduğu kadar uzatmaktır diyor, ölümün pençesinde kıvranırken, hayatına son vermesi için hekimin ayaklarına kapanmak arzusu duymayan insan tasavvur edilebilir mi? Fakat hekimler, göz yaşları, merhamet ve her şekil rica ve yalvarmalara mümanaatla, yalnız hayatı uzatmayı düşünüyorlar. İlmin terakkisi can çekişme devrini uzatıyor.¹¹²⁷

İslam'da zaruriyyat-ı diniyye (Dinin koruyup gözettiği temel değerler: Son din olan İslâm dininde "zarurat-ı diniyye" şeklinde ifade edilen temel değerler şu şekilde sıralanabilir: Dinin, canın, aklın, neslin ve malın korunması. Bu beş temel esasın tümünün doğrudan ya da dolaylı bir şekilde "canın korunması" ilkesi ile bir bağlantısının bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu değerler sıralamasında canın korunması kimi durumlarda ilk sırada yer alan dinin korunmasından daha önce gelmektedir. Nitekim canın korunması için, dinin kesin olarak yasakladığı bazı haramların yapılmasına izin verilmesi, hatta kimi durumlarda bu tür yasakların işlenmesinin zorunlu oluşu, insan hayatına verilen önemi vurgulayacak nitelikteki uygulamalardır. Sözgelimi, zorda kalan ve açlığını giderecek helal bir yiyecek bulamayan kişinin ölmek için dinin haram kıldığı domuz eti, leş ve benzeri şeyleri yemesi (Bakara, 2/173), zorda kalan şahsın normal şartlarda yasak olan şeyleri bedeninin korunması için yiyebileceğine işaret etmektedir.)¹¹²⁸ şeklinde formüle edilen temel değerler sıralamasında "canın muhafazası" önemli bir yer tutmaktadır. Hatta bu kapsamda ele alınan değerlerin hepsinin, dolaylı ya da dolaysız olarak, canın korunması ile bir ilgisinin bulunduğunu ifade edebiliriz. Bu değerler sıralamasında canın muhafazası, bazı durumlarda, ilk sırada sayılan dinin muhafazasından daha önce gelmektedir. Nitekim canın muhafazası için, dinin kesin olarak yasakladığı bazı haramların yapılmasına izin verilmesi, hatta bazı durumlarda, bu tür yasakların işlenmesinin vacip kabul edilişi, insan hayatına verilen önemi vurgulayacak nitelikteki uygulamalardır. Allah'ı inkara zorlanan şahsın, Allah'ı inkarına izin verilmesi, zorda kalan ve yiyecek bulamayan kişinin ölmek için dinin haram

¹¹²⁷ Adnan ÖZTÜREL 1957, age, s. 261-273.

¹¹²⁸ Hasan TÜRKMEN 2015, age, s. 495-519.

kıldığı domuz eti ve benzeri şeyleri yemesi, hatta yemediği takdirde ölümü durumunda dinen sorumlu tutuluşu, canın muhafazasına verilen değeri ifade edecek nitelikteki örneklerdir.¹¹²⁹

İslamiyet her biçim ve koşulda ötanaziye reddetmektedir.¹¹³⁰ Hz. Peygamber'in, "Allahu Teala, şifasını yaratmadığı hiçbir hastalık vermemiştir." sözleri de sabretmeyi gerektirmektedir. Bundan dolayıdır ki hastalıklar ve acılar karşısında kişinin sabretmesi tavsiye edilir. Sad Suresi'nde anlatıldığı üzere, Hz. Eyüp, yedi yıl boyunca çok büyük hastalıklara maruz kalmış, buna rağmen isyan etmemiş, ölümünü istememiş ve sabır göstermiştir. Çektiği acılar karşısında Hz. Eyüp'ün sabrı Kuran'da Müslümanlara örnek olarak gösterilmiştir. Bundan dolayıdır ki "Eyüp sabrı" halk arasında deyimleşmiştir.¹¹³¹

Özellikle tek Tanrılı dinler intihar eylemine karşı öne sürdüğü birtakım gerekçeler nedeniyle ötanaziye de karşı çıkmaktadırlar. Onlara göre dayanılmaz acı ve ıstırap çeken bir kişinin kendi yaşamına son vermek istemesi, kabul edilebilir bir durum değildir. Zira Allah insanın yaşam süresini belirlemiştir ve bu anlamda ölüm kararı yalnızca O'na aittir. Bunun yanı sıra kişinin acı ve ıstırap çekmesi, Allah'ın var etmiş olduğu düzenin bir parçasının gereğidir. Hatta o kişinin çekmiş olduğu bu acı ve ıstırap, onun günahları için bir kefarete olarak görülmelidir. Bu yüzden katlanılmaz acı içerisinde olanları bu durumdan kurtarmak için eğer ölmesine izin verilirse, o takdirde O'nun koymuş olduğu sınırlar çiğnenmiş ve O'nun takdirine

¹¹²⁹ Yaşar YİĞİT 2003, age, s. 337-349.

¹¹³⁰ "Arafat'ı Paris'te ziyaret eden Mescid-i Aksa Başımamı El-Tamimi, "Durumu kötü ama ötanazi yapılmayacak. Böyle bir şey İslam'a ters düşer."; Kudüs müftüsü İkrime Sabri de "Haftalar hatta aylar olsa bile yaşam destek ünitesinden koparılması caiz değildir. Eceliyle ölmeli." dedi. (11.11.2004, Radikal Gazetesi) Burada şunu vurgulamadan geçmemek gerekiyor; "eceliyle ölüm" olgusunu geciktirici rol oynayan "yaşam destek ünitesi" de esasen tanrının iradesine aykırılık oluşturması bakımından İslamiyet'le "ters düşüyor". Gül ALTAY (2005), Nitelikli Yaşam Hakkı için Ötanazi. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), *İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2005, s. 21.

¹¹³¹ "Sabrı tüm Müslümanlara örnek olarak gösterilen Hz. Eyüp ile ilgili Kuran'da; "Gerçekten Biz onu sabredici bulduk. O ne güzel kuldu. Çünkü o (daima Allah'a) yönelip-dönen biriydi." buyurulmuştur. Hz. Eyüp ciddi bir hastalığa yakalanarak sıkıntı çekmiştir. Ancak içinde bulunduğu her türlü ağır şartta daima sabrı ve Allah'a olan güveni ile öne çıkmıştır. Bunun dışında Sad Suresi 41, Enbiya Suresi 83 ve 84'te Hz. Eyüp'ten bahsedilir. Allah insanları çok farklı şekillerde imtihan etmektedir. Allah'ın salih kullarından biri olan Hz. Eyüp de şiddetli bir sıkıntı ile denenmiştir. Benzer sıkıntılar yine dünyadaki imtihan ortamı içinde başka Müslümanların başına da gelebilir. Dolayısıyla bu tür bir durumda kalan bir mümin Hz. Eyüp örneğinde olduğu gibi imtihanın şekli ve süresi ne olursa olsun Allah'ın insana taşıyamayacağı yükü yüklemeyeceğinin bilincinde olmalıdır. Toplumda bu durumu hatırlatmak için "Eyüp sabrı" deyimini kullanılmaktadır. Esra ALAN-AKCAN 2013a, age, s. 3-26.

karşı isyan bayrağı çekilmiş anlamına gelir.¹¹³²⁻¹¹³³ Tanrı'nın Hz. Musa'ya ilettiği on emirden biri şöyleydi: “Katletmeyeceksin.” Yahudi inancına göre hiçbir koşulda hastanın ıstırabına son vermek için intihara izin verilmezdi. Yaşama son verme tasarrufu, hiçbir şekilde ve hiçbir gerekçe ile insanlara ait kabul edilemezdi.¹¹³⁴

Türkmen'e göre; Yiğit'in, Diyanet İşleri Başkanlığı, Din İşleri Yüksek Kurulu'nun bu meseleye ilişkin görüşünü yansıtan ve kendisinin de hararetle savunduğu bu yaklaşım tarzı üzerinde biraz durmak gerekir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, insanların yapmış olduğu fiil ve davranışların iyi ya da kötü olarak değerlendirilebilmesi, ancak içinde bulunan durum ve koşula göre mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda hiçbir düşünce tarzı, bu faktörleri dikkate almaksızın bir hareketin doğru ya da yanlış olduğuna karar veremez. Oysa meseleye körü körüne tabu anlayışıyla yaklaşılacak olunursa, bu anlayış, içinde bulunulan durum ve koşullara bakmaksızın genellemeler yaparak belli bir hareket biçimini gerçek dışına taşır ve onu değişmez bir kural haline getirir. Böyle yapılması halinde de daha önce hiç karşılaşılmamış bir olay karşısında ister istemez zor durumda kalınabilir. Bu doğrultuda ötanaziye tabu anlayışıyla yaklaşanların şu sorulara cevap bulmaları kaçınılmazdır: Birincisi, şayet yaşama müdahale Allah'ın hâkimiyetine müdahale anlamına geliyorsa, o takdirde yaşamı yok etmek kadar yaşamı korumak için yapılan herhangi bir harekete de aynı şekilde karşı çıkılmalıdır. İkinci olarak, ötanazi eğer bir insanın ne kadar yaşayacağına karar verme hakkının Allah'a ait olduğu kuralına dayanarak karşı çıkılıyorsa, benzer şekilde yaşamı kurtarmak da bu kurala dayanılarak karşı çıkılmalıdır. Üçüncü olarak da dayanılmaz acı ve ıstırap çekmenin Allah'ın koymuş olduğu düzenin bir parçası olarak görülmesi durumunda, katlanılmaz acılar içerisinde olan hastalara her türlü acı ve ağrı giderici ilacın verilmesi yanlış olacaktır. Bu sorulara “insanın yaşamının uzatılması esas gayedir” kabilinden bir cevap verildiğinde, bu defa şöyle bir soruyla karşı karşıya kalınır: Tıbbi açıdan yaşama ihtimali kalmayan ve sürekli olarak dayanılmaz acılar çeken bir kişi, acaba yaşamakta mıdır yoksa ölmekte midir? Buna verilecek yanıt ise, bu şekilde olan kişi ölüm süreci girmiş demektir. Zira ölüm, zannedildiği gibi bir an değil, bir süreçtir. Kişinin solunum ve dolaşımının durmasıyla birlikte bedeninde hücresel düzeyde ölüm saatler sonrasında gerçekleşmektedir. Şu halde bu kişiye

¹¹³² Hasan TÜRKMEN 2015, age, s. 495-519.

¹¹³³ Yaşar YİĞİT 2003, age, s. 337-349.

¹¹³⁴ Gül ALTAY 2005, age, s. 3.

yapılacak herhangi bir müdahale, onun yaşam sürecini uzatmamakta, aksine ölüm sürecini uzatmaktadır. Dolayısıyla o kişinin yaşamı o an itibariyle bitmiştir ve onun için ölüm acılı bir bekleyiş haline gelmiştir. Buna göre tüm tıbbi yollar denendikten sonra eğer kişinin kesin olarak hayata dönme ihtimali olmadığı teşhisi konulan bir hastanın doğal ölüm sürecine bırakılmasında bir sakınca görülmemelidir. Bu doğrultuda pasif ötanazi kabul edilebilir bir olay olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim buna benzer tüm olaylar dikkate alındığında, kişilerin vicdanı ve merhamet duyguları ile etik anlayışlarının bu hususta belirleyici bir etkiye sahip olduğu gözlemlenmektedir.¹¹³⁵

Ötanazinin özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren günümüze kadar tartışılmaya devam edilmesinin nedeninin insana verilen değer artması, bireyseliğin önem kazanması, kişilerin sadece yaşamlarıyla ilgili değil ölümleriyle ilgili de karar verme talepleri, tıpta yaşanan gelişmelerle birlikte ölüm algısının dini ve ahlaki yönden tıbbi yöne kayması olduğunu söyleyebiliriz.¹¹³⁶ 1960'lı yıllardan itibaren, tıbbi teknolojideki gelişmeler sonucu, bütünüyle yöntemden kaynaklı olarak pasif ötanazi konusu gündemdeki yerini almıştır. 1970'lerden sonra aynı konunun geliştirildiği ve yaşam kalitesi, yaşam desteğinden vazgeçmek, sonuç alınamayacak müdahaleler gibi kavramların ötanazi tartışmasına dahil olduğu görülmektedir. Bu yıllarda hastanın isteği ve çıkarları sonucu yaşam destek ünitelerinin sunulmaması veya sonlandırılması ahlaki ve yasal olarak kabul edilmektedir. Ancak temyiz kudretine sahip olmayan hastaların isteğinin ne yönde olacağının bilinmemesi nedeniyle, istemsiz pasif ötanaziye yönelik itirazlar vardır. 1980'li yıllarda hastanın özerkliği ve özerkliğe saygı ötanazi savunucularının en önemli argümanı olmuştur. Bu dönemde artık ötanazi yerine "ölme hakkı" kavramının daha sık kullanıldığı dikkat çekicidir.¹¹³⁷ Ertem, konuya çok farklı bir yönden şöyle yaklaşmaktadır: İlginç olarak gerek halk kitlelerinde gerekse akademik dünyada hekimin hastaya ölüm sürecinde ve ölümlerinde yardımcı olması, hekimin hastaya yaşarken yardımcı ve yaşaması için sağlayacağı destekten daha çok dikkat çekmekte ve tartışılmaktadır. İlkinin, ikinci anılanın önüne geçmesi, post-modern yaşamın ve ölümün neoliberal politikaların güçlü biçimde tesiri altında kalması ile açıklanabilir. Ertem'e göre; Dünya Sağlık Örgütü ile Dünya Ticaret Örgütü'nün eş

¹¹³⁵ Hasan TÜRKMEN 2015, age, s. 495-519.

¹¹³⁶ Sibel İNCEOĞLU (1999), *Ölme Hakkı*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, s. 13-14.

¹¹³⁷ Gül ALTAY 2005, age, s. 14.

güdümlü çalışmaları ve Dünya Bankası ile Uluslararası Para Fonu'nun küresel sağlık konusundaki etkinliği ve sağlık anlayışının neoliberal politikalar tarafından biçimlenişi, bunun göstergesidir. Sağlık hakkının sosyal bir hak olarak tanınmaması yönünde bir eğilim, beraberinde sağlığa ve sağlıklı yaşama değil; kolaycı bir biçimde ya yaşamda kalmaya ya da ölmeye öncelik verecektir.¹¹³⁸

Ötanazi, özellikle yirminci asrın ikinci yarısında Batılı gelişmiş ülkelerde yoğun bir biçimde ilgi odağı olmaya başlamıştır. O dönemde yoğun bir biçimde oluşan bu ilginin birkaç nedeninden söz etmek mümkündür. Bu nedenlerden birisi, tıp biliminin gelişimi ve bu bilim sayesinde ölümün uzatılabilmesidir. Yirminci asırda insanlar artık evlerinde değil, hastanelerde yalnız başlarına ölmektedirler. Verilen istatistikî bilgilere göre ölüm evden çok hastanede gerçekleşmekte ve yaşlılar hastaneye ölmek için gitmektedirler. Buna göre ölüm, tedavinin sona erdirilmesi ile ortaya çıkan teknik bir olgudur. Bu sona erdirme işlemi ise, hekim ya da hastane ekibinin az ya da çok yetersiz kaldığını itiraf etmesiyle belirlenmektedir. Böylece ölümün dini ve ahlâkî algılanışları yerini tıbbî algılayışa bırakmıştır. Hastane ortamında bulunan bir hasta için yaşam destek ünitelerinin varlığı, yaşamın göstergesi olmuştur. Yani alınan tıbbî önlemler sayesinde yaşam biraz daha katlanılır hale gelmiştir. Bu aşamada bir yaşam sürecinden çok, bir ölüm sürecinden söz etmek gerekir. Zira ölüm, aşamalı bir hal almıştır. Ötanazi sorunsalının yoğun bir şekilde tartışılmasının diğer bir nedeni ise, yirminci asrın insanının yaşama hakkı ile ilgilenmesi kadar kendi ölme hakkı ile de ilgilenmesidir. Artık bu insan, yaşamı üzerinde söz sahibi olduğu kadar, ölümü üzerinde de söz sahibi olmak istemesidir. Bu anlamda yaşam destek ünitelerine bağlı ya da başkalarının bakımına muhtaç ve dayanılamayacak şekilde bir acıyla ölüm sürecini yaşamak için gereken güce ve iradeye sahip olunamayabilir. Özellikle, yirminci asırdan itibaren bireyseliğin ön plana çıkması ve kendi kaderini belirleme algısı ile insanlar, nerede, ne zaman ve ne şekilde öleceği konusunda karar vermek istemekte ve bunu bir hak olarak görmektedir. Onların nazarında en önemli ve diğer tüm hakların önünde bir hak olan yaşama hakkıdır. Bu hak, kişinin kendi iradesi ile kullanımından kaçınılamayan ve vazgeçilmesi dahi düşünülemeyen tek kişilik hakkıdır.¹¹³⁹⁻¹¹⁴⁰

¹¹³⁸ Burcu ERTEM 2015, age, s. 560.

¹¹³⁹ Philippe ARIES (1991), *Batının Ölüm Karşısında Tavırları*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Gece Yayınları, Ankara, s. 87-88.

¹¹⁴⁰ Hasan TÜRKMEN 2015, age, s. 495-519.

Yirminci yüzyıl insanı yaşama hakkı ile ilgilendiği kadar kendi ölme hakkı ile de ilgilenmektedir. Artık insanın, yaşamı üzerinde söz sahibi olduğu kadar, ölümü üzerinde de söz sahibi olmak istemesi söz konusudur. Bu anlamda yaşam destek ünitelerine bağlı ya da başkalarının bakımına muhtaç ve dayanılamayacak şekilde bir acıyla ölüm sürecini yaşamak için gereken güce ve iradeye sahip olunamayabilir. Hatta o güce ve iradeye sahip olduğu varsayımında bunu tercihte etmeyebilir. Özellikle yirminci yüzyıldan itibaren bireyseliğin ön plana çıkması ve kendi kaderini belirleme algısı ile insanlar nerede ne zaman ve ne şekilde öleceği konusunda karar vermek istemekte ve bunu bir hak olarak ortaya koymaktadır.¹¹⁴¹ Ötanazi, “ölme hakkı” şeklinde tanımlandığında, bir hak kategorisinin içerisine dahil edilmiş olmaktadır. Ölme hakkı, kişinin yine başka bir hakkı olan otonomi yani özerklik hakkı bağlamında kullanılabilirliği kabul edilen bir haktır. Ölme hakkının karşısına doktrinde “kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünü koruyup sürdürebilmesi, varlığının çeşitli etkilerle bozulmasını önleyebilmesi” şeklinde tanımlanan “yaşam hakkı” dikilmektedir. Yaşam hakkı, bütün hakların temelini oluşturan bir hak niteliğinde olmakla birlikte ölme hakkıyla doğrudan yapısal bağı olması sebebiyle belirleyici ehemmiyeti bulunmaktadır. Aslına bakıldığında kişinin yaşamına müdahale olduğu için, konunun yaşam hakkı ile ilişkilendirilmesi kaçınılmazdır.¹¹⁴²

Son yıllarda hayatlarını çekmiş oldukları hastalıkların acılarına dayanamamaları sebebiyle ötanazi yoluyla sona erdirmek isteyen kişilerin sayısı artmıştır. Öyle ki; bu kişiler kendi ülkelerinde ötanazinin uygulanması yasal olarak mümkün değilse, ötanazi uygulanan başka ülke ve merkezlere seyahatler gerçekleştirmektedir. Bunun yanı sıra, herhangi bir sağlık sorunu yaşamamalarına rağmen keder, korku, ölüm gibi olaylardan etkilenen bazı kişiler de yaşamlarını sonlandırmak için bu olayların yaşandığı yerlere seyahat etmeye başlamıştır. Bu seyahatler, uluslararası literatürde “dark tourism” olarak isimlendirilirken, ulusal literatürde “hüzün turizmi, ölüm turizmi, karanlık turizmi” olarak da isimlendirilmektedir. Ötanazi uygulanarak yaşamına son vermek isteyen potansiyel adaylar için ötanaziye izin vermiş belirli bölgelere seyahatler organize edilmektedir. İsviçre’de bu kapsamda faaliyet gösteren kuruluşlar Exit DS, Exit A.D.M.D., Exinternational, DIGNITAS, SPIRIT ve StHD+SterbeHilfe Deutschland’dır.

¹¹⁴¹ Kudret GÜVEN (2000), *Kişilik Hakları ve Ötanazi*. Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, s. 3.

¹¹⁴² Gül ALTAY 2005, age, s. 42.

Bunların içerisinde 60.000 kişi ile en fazla üyeye sahip olan kuruluş Zürih'te kurulmuş olan Exit DS'dir.¹¹⁴³

3.3.3.2 Etik ve Ceza Hukuku Bakımından Ötanazi

Aktif ve pasif ötanazi arasında bir ayırım yapmaya karşı olanlar, her iki durumda da sonucun aynı -ölüm- olduğunu söz konusu ederler. Doktorun veya bir başkasının aktif veya pasif davranmasının moral açıdan bir farkı yoktur. Avustralya'lı felsefeci Peter Singer, otomobil kazası kurbanı olan bir kadını örnek verir. Komada olan kadının beyninin büyük bir kısmı yok olmuştur ve düzelmesi beklenmemektedir. Sadece bir respiratör ve damardan verilen sıvılar onu canlı tutmaktadır. Onun ebeveyni kendisini günlük olarak ziyaret eder ve açıkça eziyet çekerler. Onlar, bir gün respiratörün fişinin çekilmiş olduğunu fark ederler. Eğer fişi takmasalar, kurban ölecektir. Durumu düşünürler ve fişi takmamaya karar verirler. [Bu kaza örneğine dair] ikinci bir senaryo ise, respiratörün fişinin takılı olması ve mevcut durumun süresiz olarak devam etmesi ihtimali dışında, en az birincisi kadar konuya ilişkindir: Doktorlar hiçbir şey yapmazlar. Durumu değerlendirdikten sonra, hastaya öldürücü bir iğne yaparlar. Singer, bu örnekten hareketle öldürmek ile ölmesine izin vermek arasında moral açıdan hiçbir farkın olmadığı sonucuna varır. Anton van den Beld, aktif ötanazideki çelişki ve suç duygularının pasif ötanazidekinden daha fazla olduğunu iddia eder. Bu duygular insanların moral tecrübe dünyalarındaki unsurlardır ve anlamsız değildirler. "Bu duyguların moral anlamına ilave olarak, van den Beld bir hususa daha işaret eder: Fark, öldürmek için veya ölümüne izin vermek için verilen kararda değil, ancak taşınan niyettedir. Böylece, Mongolizm hastalığını taşıyan ve duodenum'u (onikiparmak bağırsağı) kapalı olan yeni doğmuş bir bebeğin ölmesine "kasıtlı olarak" izin veren doktor, bir hysterectomy (rahmin ameliyatla alınması) esnasında bir fetüsü "farkında olarak ancak kasıt olmaksızın" öldüren doktor kadar "moral açıdan problematik"tir. Fark, kasıtlı olmak ile olmamak arasındadır. Bir diğer bağlamda, Gerhard Höver de aktif ve pasif ötanazi arasındaki moral açıdan ayırımın önemini görür. Pozitif ve negatif anlamda, Höver'e göre, çıkar gözetmeyen ilgisiz eylem (disinterested action) diye bir şey vardır. Bu anlamda, "ihmal" bir şeyin kendiliğinden olmasına izin verme eylemi olarak anlaşılır... Ölümle yüz yüze olduğunda [bir]şeylerin kendi haline

¹¹⁴³ Ali Osman ONAR (2022), "Ötanazi", *TBB Dergisi*, S. 158, s. 5-76.

bırakılması şeklindeki çıkar gözetmeyen/ilgisiz eylem, başkalarını önemseyen herkes için bir parametre oluşturur. Keza, burada, "başkaları için beslenen duygular, menfaatleri veya ihtiyaçları tespit etmenin ilk temelini oluşturur". Bu, öldürmek ile ölmesine izin vermek -aktif ile pasif ötanazi- arasındaki ayırımın ne kadar önemli olduğunu gösterir.¹¹⁴⁴

Amerikan ahlak felsefecisi Rachels'e göre, aktif ve pasif ötanazi arasındaki geleneksel ayırım, eleştirel analiz gerektiren bir ayırımdır. Geleneksel öğreti şudur: Bu ikisi arasında öyle büyük bir ahlaki fark vardır ki, pasif ötanazi bazen izin verilebilir olsa da aktif ötanazi daima yasaklanmıştır. Bu öğretiye meydan okumak için birçok neden vardır. İlk olarak, aktif ötanazi birçok durumda pasif ötanaziden daha insancıldır. İkincisi, bu geleneksel öğreti, yaşam ve ölüm ile ilgili kararları bunlarla ilgisiz bir zemine çeker. Üçüncüsü, geleneksel öğreti esasında öldürmek ve ölüme izin vermek arasındaki ahlaki fark üzerine kuruludur; bu ahlaki farkın da kendi içinde bir önemi yoktur. Dördüncüsü, bu öğreti lehine en sık kullanılan argümanların çoğu geçersizdir. ...Aktif ve pasif ötanazi arasındaki ayırımın tıp etiği bakımından oldukça önemli olduğu düşünülür. Bu ayırımın özündeki fikir, bir hastanın tedavisini kesip, onun ölmesine, en azından bazı durumlarda, izin verilebileceği; ancak bir hastayı öldürmek için doğrudan eylemde bulunmaya asla izin verilemeyeceğidir. Bu öğreti, birçok doktor tarafından benimsenmiştir ve Amerikan Tıp Derneği'nin Temsilciler Meclisi'nin 4 Aralık 1973'te yaptığı açıklamada da destek görmüştür. ...Birçok insanın aktif ve pasif ötanazi arasında önemli bir ahlaki fark olduğunu düşünmesinin sebebi, birisini öldürmenin birisini ölüme terk etmekten ahlaki olarak daha kötü olduğunu düşünmeleridir. Fakat bu gerçekten böyle midir? Öldürmek, başlı başına, ölüme terk etmekten daha mı kötüdür? Bu sorunu irdelemek için, biri öldürmeyi biri de ölüme terk etmeyi içeren ve bu farkları dışında tamamen aynı olan iki vaka ele alınabilir. Daha sonra da bu farkın ahlaki değerlendirme bakımından bir fark yaratıp yaratmadığı sorulabilir. Vakaların bu fark dışında tamamen aynı olmaları önemlidir zira aksi takdirde bu vakaların değerlendirmesinde ortaya çıkacak farklılıklara bu spesifik farkın mı yoksa başka faktörlerin mi neden olduğu konusunda emin olunamayabilir. ...Öldürme ve ölüme terk etme arasındaki yalın farklılık, başlı başına bir ahlaki farklılık oluşturmaz. Bir doktor bir hastayı insancıl

¹¹⁴⁴ Herbert SCHLÖGEL (2002), "Ötanazi ve Teoloji", Çev. Osman Taştan, *AÜİFD*, C. XLIII (1), s. 293-299.

nedenlerle ölüme de terk etse, o hastaya yine insancın nedenlerle onu anında öldürecek zehirli iğne de enjekte etse, bulunduğu ahlaki konum aynıdır. Eğer verdiği karar yanlışsa; yani örneğin o hastanın hastalığı aslında iyileştirilebilir bir hastalıksa, o halde kullanılan yöntem fark etmeksizin, alınan karar eşit derecede pişmanlık vericidir. Ancak eğer doktorun kararı doğruysa, o halde kullanılan yöntem yine başlı başına önem arz etmez. Amerikan Tıp Derneği'nin beyanı, esas meseleyi soyutlamayı oldukça iyi başarır; bu esas mesele, "bir insanın başka bir insanın hayatını kasten sonlandırmasıdır." Beyanda önce sorun tanımlandıktan ve "ötanazi" yasaklandıktan sonra, tedaviyi kesmenin hayatı kasten sonlandırmak olduğu reddedilir. Hata da burada devreye girer zira bu durumlarda tedaviyi kesmek "bir insanın başka bir insanın hayatını kasten sonlandırması" değilse nedir? Tedaviyi kesmek tam olarak budur; eğer değilse, başka hiçbir anlamı da yoktur zaten. ...Bu düşünce biçimine karşı en sık kullanılan argüman şudur: Aktif ve pasif ötanazi arasındaki önemli fark, pasif ötanazide doktorun hastanın ölümünü gerçekleştirecek bir şey yapmamasıdır. Doktor hiçbir şey yapmaz, hasta da kendisine ıstırap çektiren hastalık ne ise ondan ölür. Aktif ötanazide ise doktor, hastanın ölümünü gerçekleştirecek bir şey yapar: Onu öldürür. Kanserli hastasına zehirli iğne enjekte eden doktor, hastasının ölümüne kendisi neden olmuştur; ancak yalnızca hastanın tedavisini durdursaydı, hastanın ölümünün nedeni kanser olacaktı. Pasif ötanazi durumunda doktorun hiçbir şey yapmadığını söylemek tam olarak doğru değildir çünkü doktor çok önemli bir şey yapmaktadır: Hastanın ölmesine izin vermektedir. "Ölüme izin vermek" birçok açıdan diğer davranışlardan kesinlikle farklıdır: Esas olarak bu, diğer bazı davranışlarda bulunmayarak bulunulan bir davranıştır. Örneğin bir hastaya ilaç vermeyerek o hastanın ölmesine izin verilebilir; tıpkı birinin elini sıkmayarak ona hakaret edilebileceği gibi. Ancak bir ahlaki değerlendirme için, bu yine de bir davranıştır. Bir hastayı öldürme kararı nasıl bir ahlaki değerlendirmeyi gerektiriyorsa, bir hastanın ölmesine izin verme kararı da aynı şekilde bir değerlendirmeyi gerektirir: Akıllıca ya da akılsızca, merhametli ya da sadistçe, doğru ya da yanlış olduğu değerlendirmeleri yapılabilir. Eğer bir doktor, rutin olarak tedavi edilebilen bir hastalığa yakalanmış bir hastayı ölüme terk ediyorsa, o halde doktor bu yaptığından dolayı suçlanmayı hak eder, tıpkı aynı hastayı gereksiz yere öldürdüğü bir durumda hak edeceği gibi. Ona karşı yapılan suçlamalar da bu durumda uygun olacaktır. "Hiçbir şey yapmadığını" söylemesi de bir savunma olmayacaktır. Zira çok

ciddi bir şey yapmıştır: Hastasını ölüme terk etmiştir. ...Aktif ve pasif ötanazi arasında, başlı başına ele alındıklarında, gerçek bir ahlaki farklılığın olmadığı görülmektedir (bazı vakalarda neden oldukları sonuçları arasındaki farklar pasif ötanaziye değil aktif ötanaziye ahlaki açıdan tercih edilmesi gereken seçenek yapabilir). Dolayısıyla, doktorlar yasa gereği aktif ve pasif ötanazi arasında fark gözetmek durumunda olsalar da bundan daha fazlasını yapmamalıdır.¹¹⁴⁵

Ceza hukukunun önemli tartışma konularının başında ötanazi yer almaktadır. Tıbbi anlamı itibarıyla ötanazi, iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanan ve acı çeken hastanın acılarına son vermek amacıyla ölmesine yardım etmektir.¹¹⁴⁶ Tanımdan da anlaşılacağı üzere ötanaziden söz edebilmek için her şeyden önce iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa tutulmuş bir hasta olması gerekir. Bu durumda hasta olmayan ya da iyileşmesi mümkün bir hastanın kendisini öldürtmesi ötanazi değil, intihardır. Böyle bir kişiye yardım eden kimseler de intihara yardım suçunu işlemiş olurlar. Ötanazi ile hayatına son verilmesi istenen hastanın hastalığı dayanılmaz derecede acı verici olmalıdır. Dolayısıyla ötanazi, hastanın bir an önce acılardan kurtulmasını temin amacıyla uygulanmalıdır. Bu nedenle iyi ya da güzel ölüm anlamına gelen "ötanazi" kavramı kullanılmıştır. Ayrıca ötanaziden söz edebilmek için ölüm talebinin bizzat hasta veya yakınları tarafından talep edilmesi gerekir. Bu nedenle doktor hastaya iyilik olsun diye ötanaziye kendiliğinden karar verip uygulayamaz. Son olarak da ötanazi hekim tarafından uygulanmalıdır. Dolayısıyla hekim olmayan kimselerin iyi niyetle de olsa, mesela tarihte olduğu gibi zehir içirerek, hastayı öldürmeleri ötanazi değildir.¹¹⁴⁷

Bazı ülkeler ayırım yaparak bazıları ise tamamını yasaklamış veya tamamen serbest bırakmışlardır. Dinlerin ötanaziye bakışları da farklılık göstermektedir. Yahudilikte genel olarak iradi ötanaziye karşı çıkılırken, Hıristiyanlıkta ise mezheplere göre farklılık arz etmektedir. İslam'da ise intihar ve benzeri ölümlere hep yasak gözüyle bakılmıştır.¹¹⁴⁸⁻¹¹⁴⁹

¹¹⁴⁵ James RACHELS (1975), Aktif ve Pasif Ötanazi, Çev. Fatih Köktemir, Ed. Hasan Ayer, *Kualia Analitik Felsefe*, s. 1-10.

¹¹⁴⁶ Yusuf YAŞAR ve Işıl TURAN (2013), "Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötanazi İlişkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)*, S. 19 (1), s. 39-72, http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClitedergisi/2013C.19S.1/makale_2.pdf. ET. 22.05.2022

¹¹⁴⁷ Osman KAŞIKÇI 2008, age, s. 85-99.

¹¹⁴⁸ Age, s. 85-99.

Ömeroğlu'na göre; ötanazi kavramının hukuki açıdan incelenebilmesi için asgari dört şartın varlığı aranmaktadır. İlk olarak, her şeyden önce ortada bir hasta bulunmalı ve bu hastada “tedavisi mümkün olmayan” bir hastalığın varlığı söz konusu olmalıdır. Aranılan ikinci şart, hastalığın dayanılmaz acılara yol açan bir hastalık olmasıdır; söz konusu dayanılmaz acılar maddi veya manevi nitelikte olabilir. Bu şarta göre, öldürme fiili, hastanın ıstıraplarından bir an önce kurtulması amacıyla işlenmektedir. Üçüncü şart, hastanın ötanazi uygulanmasına ilişkin rızasının bulunmasıdır. Dördüncü ve bulunması gereken son şart, ötanazi uygulayıcısının hekim olması gerektiğidir. Ötanazinin bir doktor tarafından yapılmasının diğer kişiler tarafından yapılmasından çok daha yararlı, olduğuna kuşku yoktur. Hatta ötanazi uygulaması yapılmadan önce hastanın durumunun bir uzman doktorlar heyetince tartışılmasının son derece faydalı olacağı açıktır. Fakat, doktorlar dışındaki kişiler de şartları varsa ötanazi uygulaması yapabilirler. Örneğin, doktor olmayan bir kimsenin acıma hissi ve ızdıraptan kurtarmak amacıyla bir hastayı öldürmesi (ötanazinin şartları varsa) mazur görülmelidir. Çünkü bu kişinin yerinde doktor da olsa büyük ihtimalle aynı şeyi yapacaktır.¹¹⁵⁰

Ötanazinin kim tarafından yapılacağı konusunda öğretilerde tartışma yaşanmaktadır. Bir görüş herhangi bir kişi tarafından yapılacağını belirtirken, diğer görüş hekim tarafından yapılmasının gerektiğini belirtmektedir. Hekimin kabul edilmesinde tek hekimin mi, yoksa farklı uzmanlık alanlarında görevli hekimler kurulunun mu ötanaziye karar vereceği sorun teşkil etmektedir. Eğer ötanazi kabul edilirse hekim tarafından yapılmasının düzenlenmesi uygun olacak ve bu takdirde de farklı uzmanlık alanlarında çalışan hekimler kurulunun oybirliği ile karar vermesi gerekir. Ancak ötanazinin yargı kararıyla veya hekim kararıyla uygulanabileceği belirtilmektedir. Yargı kararıyla gerçekleştiriliyorsa kazai ötanazi, hekim kararıyla yapılıyorsa medikal ötanazi olarak ifade edilmektedir.¹¹⁵¹ Öğretilere göre; burada uygulayıcının tek bir hekim mi yoksa uzman bir kurulun mu olması gerektiğine ilişkin sorular gündeme gelmektedir. Kanaatimizce yasal olarak ötanazinin uygulanabilirliği kabul edilse bile bir hasta ameliyata alınırken dahi farklı uzmanların konsültasyonu gerekiyorsa, insan yaşamına doğrudan müdahale niteliği taşıyan

¹¹⁴⁹ Ali KAYA (1994), İslam Hukukuna Göre Ötanazi, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, s. 133-146.

¹¹⁵⁰ Ömer ÖMEROĞLU 1993, age, s. 187-205.

¹¹⁵¹ Yusuf YAŞAR ve Işıl TURAN 2013, age, s. 39-72.

ötanazi uygulanması söz konusu olduğunda evleviyetle uzman kurulun görüşünü aramak yerinde olacaktır.¹¹⁵²

Hastanın ıstıraplarına son vermek nedeniyle bile olsa ölümün gerçekleştirilmesi hukukumuzda göre kasten öldürme teşkil etmektedir. Ancak kişiye acıyarak bu fiilin gerçekleştirilmesi halinde TCK m. 62 anlamında takdiri indirim nedeni uygulanabilecektir. Ancak, öğretilerde bazı yazarlar tarafından hastanın ısrarlı talebi ve onun çektiği acılara dayanamayıp hastanın öldürülmesi halinde kusurluluğu kaldıran bir neden olarak zorunluluk halinin uygulanabileceği belirtilmektedir. Ancak belirtilen durumda zorunluluk halinin uygulanamayacağını, zira haklar bazında oranın bulunmadığını düşünüyoruz. Akbulut'a göre; ötanazi, aktif ötanazi, pasif ötanazi ve dolaylı ötanazi olmak üzere 3'e ayrılmaktadır.¹¹⁵³ Aktif ötanazi gerek öldürücü vasıtalarla gerekse beslenmesini kesmek gibi doğrudan ölüme yol açacak olan vasıtalarla bir kimsenin ölüm sürecini kısaltmak suretiyle onun ölmesine yardımcı olmayı içerir. Pasif ötanazi, (insanın) insanlara bakmak/yardımcı olmak açısından taşıdığı temel sorumluluğunu göz ardı etmeksizin bir (kimsenin) ölüm sürecinden geçmesini içerir.¹¹⁵⁴ Kaya ise daha farklı bir sınıflama getirmektedir: İcra edilişi bakımından ötanazi kendi arasında dört kısma ayrılmaktadır. Bunlardan, hastanın acı ve ıstırapını tümünden gidermek üzere, onun yaşam süresini kısaltacak veya hayatına son verecek maddelerin, bilerek kullanılmasına "aktif ötanazi", yaşamın devamı için gerekli bir kısım tedavinin durdurulması veya geri çekilmesine "pasif ötanazi", ölüm gerçekleşinceye kadar palyatif tedbirlerle hastanın yalnız acı ve ıstırapının giderilerek hayatının kısaltılmasına "dolayısıyla ötanazi" ve hastanın ilaç vb. madde veya bir kısım tıbbi yöntemlerle kendisinin yaşamına son verecek girişimine yardım etme tarzına da "intihara yardım" denmektedir.¹¹⁵⁵ Ertem ise bu konuda şöyle demektedir: Hekimin asli görevi yaşamın korunmasıdır. Hastanın ölümüne yardım veya eşlik etmeden kasıt, ölüme veya ölüm sürecine tıbbi yönden refakat etmesidir. Bu eylemde ceza hukuku açısından hekim bakımından önem arz eden mesele, hastanın ölümüne ve veya ölüm sürecine eşlik etmesinin, başka bir deyişle bu sürece ihmali ya da icrai

¹¹⁵² Özge DEMİRÖRS ve Sevinç ARSLAN-HIZAL (2016), "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, s. 1481-1516.

¹¹⁵³ Berrin AKBULUT (2020), "Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, s. 273-357.

¹¹⁵⁴ Herbert SCHLÖGEL 2002, age, s. 293-299.

¹¹⁵⁵ Ali KAYA 1994, age, s. 133-146.

anlamdaki katkısının genel hükümler uyarınca ortaya konularak değerlendirilmesi durumudur. Ertem'e göre; oldukça kapsayıcı ve kapsamı da tartışmalı olan ötanazi terimi ile hekimin ölüme veya ölüm sürecine yardımı konusu birbirinden ayırt edilmeli ve bu tabirler birbiri yerine kullanılmamalıdır.¹¹⁵⁶

İradeye bağlı (Volonter) ve irade dışı (Non Volonter) ötanazi ayrımındaki temel husus, hastanın izninin olup olmamasına dayanmaktadır. İradeye bağlı ötanazi, hastanın isteği doğrultusunda yapılan ötanazidir ve iradeye bağlı ötanazinin hukuki sonuç doğurabilmesi için iradenin, temyiz kudretine sahip kişi tarafından, hata, hile ve tehdide maruz kalmadan açıklanmış olması gerekmektedir. İradi ötanazide doktor, ölümü meydana getiren eylemi bizzat kendisi doğrudan doğruya uygulamaktadır ve bilinci açık hasta tarafından açıklanan ötanazi taleplerinde kendisini bilinci kapalı hastalara oranla daha rahat hissetmektedir... İrade dışı ötanazi ise, bu yöndeki iradenin hasta tarafından dile getirilemediği durumlarda, hasta yakınlarının iradesi doğrultusunda ötanazinin gerçekleşmesi halidir. Hastanın iradesini açıklayamayacağı durumlara, bitkisel yaşam, koma, psikolojik veya nörolojik nedenlerle meydana gelen zihinsel kapalılık halleri örnek verilebilir. İstemsiz ötanazide, kişinin iradesine hiç başvurmadan, başka bir deyişle, hastanın ne açık ne de varsayılan iradesi olmadan yapılan ötanazi söz konusudur. Bu şekilde öldürmenin ötanaziyle tek ortak noktası, yaşamaya layık görülmeyle öldürülen kişinin hasta olmasıdır ve bunun en uç örneği olarak, Hitler'in Nazi Almanya'sında ari ırk oluşturmak için kronik hastaları, sakatları, yaşlıları öldürülmesi olayı gösterilmektedir.¹¹⁵⁷⁻¹¹⁵⁸

3.3.3.3 Beyhude Tıbbi Müdahale Kavramı ve Ötanazi

Bir tıbbi müdahale tümüyle hukuka uygun ve gerekli diğer unsurlar da yerine gelmiş olsa dahi, müdahalede bulunmanın gerekli olup olmadığı hususunda nihayetinde karar verecek olan hekimdir ve yapacağı müdahalenin sonuçlarının hasta için doğruluğu bakımından çelişkiler yaşadığı ve hastaya faydalı olamayacağını öngördüğü ya da insan vücuduna gereksiz yere el atma düşüncesinin onu kararsızlığa sürüklediği durumlarda, müdahaleden kaçınma veya sürdürmeme hakkı bulunmaktadır. Tedavi özgürlüğü de hekime hastanın tedavisini (hastaya

¹¹⁵⁶ Burcu ERTEM 2015, age, s. 549-550.

¹¹⁵⁷ Erdem ÖZKARA (2001), *Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar*. Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

¹¹⁵⁸ Esra ALAN-AKCAN 2013a, age, s. 3-26.

müdahaleyi) sürdürme ya da reddetme hakkı tanımaktadır.¹¹⁵⁹ Genel olarak o müdahale belli bir klinik tablonun varlığında yaygın şekilde ve başarılı sonuçlar alınarak uygulanmakta iken, somut hastada aynı şekilde faydalı olacağı kuşkuludur ya da hastanın durumuna göre beklenen fayda ile ortaya çıkması muhtemel olumsuz etkiler tartıldığında, beklenen fayda bu olumsuz etkilerin göze alınmasına yetmeyecek derecede azdır. Böyle durumlarda hastaya müdahaleden imtina edilebilir. Hiçbir hekimin, etkisiz ve boşuna olduğu, sonuçsuz kalacağı anlaşılan bir tedaviyi sürdürme yükümlülüğünün bulunmadığı ve buna zorlanamayacağı düşünülmektedir.¹¹⁶⁰

Ölmekte olan kişilerde tedavinin sona erdirilip erdirilemeyeceği hususu hekimin karşısına çıkan sıkıntılı durumlardan biridir. Esasen tıbbi açıdan makul olmayan bir tedavinin sonlandırılması ya da sınırlandırılması yönündeki kararlar iyi hekimlik uygulamaları kapsamında ele alınmakla beraber, bunun ne zaman böyle olduğunun saptanması bir başka deyişle zamanlaması sorun teşkil edebilir.¹¹⁶¹ Bazı görüşlere göre, şifaya kavuşturulması mümkün olmayan hastalarda, tıbbi müdahaleye girişilmemesi ya da kesilmesi bakımından esasen genel ilkeler geçerli olup, tıbbi endikasyonun bulunmaması belirleyici olmalıdır. Müdahalenin endikasyonu yoksa ya da somut durumda etkisiz, başarısız ve anlamsız olacağı düşünülmekte ise, hekim müdahalede bulunmama yönünde karar verebilir. İyi prognozlu olmayan, ölüm sürecinin artık durdurulamaz olduğu ve ileri yoğun bakım uygulamaları ile sadece bu sürecin uzatıldığı haller böyle durumları teşkil etmektedir. Hekimin bu durumda örneğin hastayı yoğun bakıma sevk etmeyebileceği, başlanmış bir kemoterapi ya da radyoterapiyi kesebileceği, ventilatörü kapatabileceği, araya giren bir enfeksiyonu tedavi etmeyebileceği dile getirilmektedir.¹¹⁶²

Alman öğretisinden bir görüş de tıbbi endikasyonu bulunmayan müdahalelerin yapılmaması gerektiği yönündedir. Hastanın talebi müdahale yönünde olsa dahi, endikasyonun bulunmadığı durumlarda, hastanın talepleri de esasen

¹¹⁵⁹ Işıl Güney TUNALI (2020), *Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 354.

¹¹⁶⁰ BARBER V. SUPERIOR COURT OF STATE OF CALIFORNIA (1983), Nejd v. Superior Court of State of California. California, Court of Appeal, Second District, Division 2., *West's Calif Report*. 195, s. 484-94, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11648259>. ET. 24.06.2017

¹¹⁶¹ Işıl Güney TUNALI 2020, age, s. 493.

¹¹⁶² Arın NAMAL (2017), "Pro ve Contra Argümanlarla Etik Açısından Ötanazi", *İçinde, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu*, Kadir Has Üniversitesi, III. Uluslararası Sağlık Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 14.

belirleyici olmamalıdır. Dolayısıyla müdahalenin teknik bakımdan sonlandırılması kararı, hasta ile varılan fikir birliğinin sonucu olabileceği gibi, hastanın buna yönelik bir açıklaması olmaksızın ya da ondan böyle bir beyan alınmasına imkân bulunmaksızın hekim tarafından tek taraflı da verilmiş olabilir. Tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğünün genel bir sınırı olarak tıbbi endikasyon, daha doğru ifadeyle endikasyonun yokluğu, müdahalenin sonlandırılması işlemini, hastanın iradesine aykırı da olsa, hasta, yaşamını uzatacak herhangi bir mucizenin meydana geleceği ve şifaya kavuşacağı beklentisi içinde de olsa ve yaşamının devamı için tıbbın tüm imkanların seferber edilmesini dahi istese, hukuka uygun hale getirmektedir. İnsan onuruyla bağdaşmayan anlamsız bir tedavinin tıbbın teknik imkanları sayesinde sürdürüldüğü noktada, hekimin garantör olarak tıbbi yardımda bulunma yükümlülüğünün de sona erdiği kabul edilmektedir. Teknik cihazların ve ilaçların kullanımı sayesinde, ölmek üzere olan bir kimsenin yaşamının uzatılmaya çalışılması bir yükümlülük haline getirilmemelidir. Çünkü, ölüme pasif yardım olguları suç teşkil etmediği gibi, hekim, modern tıbbın kendisine sunduğu imkanlara dayanarak, doğal ölümü acılar içinde yaşanacak onursuz ve belirsiz bir sürece çevirmemelidir. Buna karşın, açık bir irade beyanında bulunamayacak bilinci kapalı hastalarda henüz oturmamış olan bir ölüm süreci söz konusu ise genel olarak, hastanın daha önceden tedaviyi reddettiği bilinmiyorsa, bu olgularda hayat lehine tercih kullanılmalıdır.¹¹⁶³

Tıbbi müdahalelerin amacının illa ki şifaya kavuşturmak değil, aynı zamanda acıları hafifletmek de olduğu göz önünde tutulduğunda, şayet hekim, terminal dönemde ya da iyileşme umudu bulunmayan hastalarda uygulayacağı tedavilerin, onu şifaya kavuşturmayacağı ve gereksiz acı vereceği görüşünde ise, yalnızca hastanın acılarını hafifletecek, yaşam kalitesini yükseltecek önlemlerle de takibe devam edebilir.¹¹⁶⁴ Bununla birlikte, vurgulanması gereken husus, hastanın ölümüne yol açan nedenin tıbbi müdahalenin yapılmaması değil, artık tedaviye cevap vermeyen hastalığının olmasıdır.¹¹⁶⁵

TTB Yaşamın Sonuna İlişkin Bildirgede boşuna tedavi ve canlandırmama ile ilgili önerilere yer verilmiştir. Başlangıç kısmında şöyle demektedir: “İleri tıp

¹¹⁶³ Michael MEMMER (2002), “Wann endet die Behandlungspflicht des Arztes?” *Imago Hominis*, S. 9 (1), s. 51- 59.

¹¹⁶⁴ Age, s. 51- 59.

¹¹⁶⁵ Arın NAMAL 2017, age, s. 14.

teknolojilerindeki gelişmelere paralel olarak üretilen yaşamı destekleyen araçlar, yaşamı destekleyen tedavilerin başarısını artırmaktadır. Yaşamı destekleyen tedavilerin zamansız ölümü engellemeyi amaçlamasına karşın, bu tedaviler/araçlar beklenen ölümü ertelemek amacıyla da kullanılabilir. Sınırlı sayıda ve oldukça pahalı olan bu özellikteki tıbbi kaynakların etkin, yararlı ve adil kullanımını sağlamak gereklidir. Öte yandan bu kaynakların kullanımında etik ilkelere uygun davranmak gereklidir. Kaynakların adil ve etik kullanımı; tedavinin sağladığı tıbbi yarar ile yaşamın niteliğinde artış sağlanmasını ya da belli bir niteliğin korunmasını gözetir. Yaşamı destekleyen tedavilerin bir insanın yaşamak istemeyeceği bir hayatı dayatması ya da hastanın ağrı, acı çekme sürecini uzatması etik açıdan savunulamaz.”¹¹⁶⁶ Buna göre, hastaya önerilen ya da durumu için mümkün olabilen tedavinin yararsız ya da etkisiz olduğu, yaşamın niteliğine çok az katkı sağladığı, beklentilere cevap verme olasılığı taşımadığı ve makul yaşam şansı tanımadığı durumlarda, yapılacak müdahaleler tıbbi açıdan yararsız (boşuna) tedavi olarak değerlendirilmektedir. Özellikle terminal dönemde agresif yaşam destek tedavilerinin hastanın durumunu düzeltme şansı taşımadığı ve fizyolojik bir yarar sağlamadığı, aksine ilave ağrı, acı çekmesine ya da sıkıntı çekme süresinin uzamasına neden olduğu durumlarda, öngörülen tedavinin yapılmamasının etik açıdan savunulabilir olduğu, hastaya önerilecek her tıbbi müdahale açısından, getirebileceği yarar ile verebileceği zarar, oluşturacağı riskler ve katlanılacak külfetin tartılması ve bir denge sağlanması gerektiği belirtilmektedir. Canlandırmama yani resüsitasyona ilişkin olarak hastanın önceden bu yönde bir beyanı olabileceği gibi, tıbben yararsız olduğu durumlarda hekim tarafından da canlandırmama (do not resuscitate) kararı verilebileceği, ancak hekimin bu karar hakkında önceden hasta ve yakınları ile tartışmış olmasının yerinde olacağı, hastanın tıbbi durumu bilimsel açıdan değerlendirildikten sonra canlandırmanın hastaya getireceği tıbbi bir yarar

¹¹⁶⁶ TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ (2020), “TTB Yaşamın Sonuna İlişkin Bildirge. Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri”, *Türk Tabipleri Birliği Yayınları*, Ankara, s. 36-40. (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 edilmiştir. 15-16 Aralık 2018 tarihinde Ankara’da düzenlenen “TTB III. Etik Bildirgeler Çalıştayı”nda yeniden gözden geçirme çalışmaları başlamış ve 24 Kasım 2019 tarihinde TTB Olağanüstü 71. Büyük Kongre’sinde kabul edilmiştir.) https://ttb.org.tr/etik_bildirge.php. ET. 12.07.2022

bulunmadığı anlaşılıyorsa, canlandırmama istemine saygı gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹¹⁶⁷⁻¹¹⁶⁸⁻¹¹⁶⁹

Kardiyopulmoner resüsitasyon¹¹⁷⁰ (KPR, İngilizcede CPR kısaltması kullanılmaktadır ve açılımı, CPR: Cardiopulmonary Resuscitation şeklindedir), yaşam kurtarıcı bir teknik olmakla birlikte, günümüzde CPR'ın kronik hastalığı ve ek sağlık sorunu olan (ciddi pnömoni gibi) hastalarda büyük oranda başarısız olduğu görülmüştür. Diğer yandan yapılan çalışmalarda, terminal hastalığı olan hastalar başta olmak üzere bazı hastaların resüsite edilmek istemediği yönünde veriler ortaya çıkmıştır. Bu konu, hastanın özerkliği açısından ayrıca önemlidir. Yakın zamana kadar her hastaya uygulanması gerektiği düşünülen, yerleşmiş CPR uygulamalarının yerini, günümüzde tüm dünyada bilimsel çalışma ve veriler doğrultusunda oluşturulan, hasta özerkliğini temel alan görüşler ve bunlara uygun olarak hazırlanmış kılavuzlar almıştır. Özerklik kavramının tıp hukukundaki temel yansıması olan aydınlatılmış onam, hastanın her türlü tıbbi müdahaleyi kabul veya reddetme hakkını da ifade eder. CPR dâhil olmak üzere, hastanın kendisine uygulanması planlanan bir tıbbi müdahaleyi reddetmesi mümkündür. Yaşlı hastaların çoğunluğunun kendilerine sorulduğunda resüsite edilmek istemediğine ilişkin sonuçlar elde edilen pek çok çalışmada olduğu gibi, hekimlerin etkisiz bir tedavi uygulama zorunluluğunun olmadığı da bilinen bir gerçektir. Tedavi, tam anlamıyla faydasız olduğu zaman etkisiz olarak kabul edilir. Etkisizlik (futility) söz konusu olduğunda resüsitasyonun yapılmaması veya durdurulması American Heart Association (AHA) başta olmak üzere pek çok uluslararası organizasyon tarafından da belirli koşullarla kabul edilmiştir. Ancak etkisizlik, kesin ve kolay belirlenen bir ölçüte bağlı olmadığı gibi, herhangi bir tedaviye etkisiz diyebilmek için başarı oranının ne olması gerektiği konusunda da görüş birliği yoktur. CPR uygulamasının reddedilmesi ile tedavinin reddedilmesi birbirinden farklı kavramlar olup, hasta için durumunun gerektirdiği tıbbi müdahalelerin devamı konusunda bir tereddüt yoktur. Tedavisi imkânsız bir hastalığın son dönemindeki hastalar; özerkliklerini, konforlarını ve saygınlıklarını garanti eden bakımı alabilmelidir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özenin gösterilmesi ve

¹¹⁶⁷ TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ 2022, age, s. 36-40.

¹¹⁶⁸ Engin BAŞTÜRK (2003), "Do - Not - Resuscitate (DNR) Talimatının Temel Etik İlkeler Açısından Değerlendirilmesi", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, S. 11 (1), s. 12-21.

¹¹⁶⁹ Işıl Güney TUNALI 2020, age, s. 493-499.

¹¹⁷⁰ Engin BAŞTÜRK 2003, age, s. 12-21.

hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmanın bir zorunluluk olduğu açıkça ifade edilmiştir (m.14). DNR talimatları, ölümün kaçınılmaz olduğu hallerde, hastanın durumu göz önüne alınarak verilen bir karardır ve etkisiz (yararsız, boşuna) tedavi (futile treatment) kavramı ile ele alınır.¹¹⁷¹

Almanya’da, Federal Tabip Odası tarafından “Alman Tabipler Birliği’nin Yaşamın Sonunda Tıbbi Bakım İçin İlkeleri” adlı düzenleme kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin giriş kısmında şöyle denilmektedir: “Kısa sürede ölümün beklendiği, bir veya daha fazla hayati işlevin geri dönüşü olmayan bir şekilde tükenmiş olduğu hastalara veya yaralılarına, onurlu bir şekilde lebilmeleri için yardım etmek hekimin görevleri arasındadır. Yardım, palyatif tıbbi bakımdan ve dolayısıyla temel bakım için yardım ve genel bakımdan oluşur. Bunlar, lenler için ağır bir yük olabileceğinden, her zaman yiyecek ve sıvı alımını içermez. Ancak, açlık ve susuzluk subjektif duyumlar olarak tatmin edilmelidir. Yalnızca lmn başlamasını geciktiren önlemler atlanmalı veya sonlandırılmalıdır. Ölüm durumunda, acının hafifletilmesi o kadar önemli olabilir ki, bunun neden olabileceği kaçınılmaz bir yaşam kısalması kabul edilebilir. Ölen kişiye durumu ve olası önlemler hakkında verilen bilgiler gerçeğe uygun olmalı, ancak ölmekte olan kişinin durumuna dayanmalı ve her türlü korkuyu hesaba katmalıdır. Hekim, hastanın isteklerine aykırı olmamak kaydıyla hasta yakınlarına ve yakınlarına da bilgi vermelidir. Kötü prognozlu olup henüz lmeyen ancak tıbbi bilgilere göre yakın gelecekte ölmesi muhtemel olan hastalarda, yaşamı sürdürme önlemleri yalnızca acıyı uzatacaksa, tedavi hedefinde bir değişiklik gereklidir. Tedavi hedefinin değişmesi hastanın isteklerine karşılık gelir. Hemşirelik nlemleri de dahil olmak üzere, palyatif tıbbi bakım, bundan böyle yaşamı uzatmanın ve korumanın yerini alır. Hastanın isteklerinin belirlenmesi sürecinde; tıbbi bir önlemin başlatılması, daha fazla uygulanması veya sona ermesine ilişkin karar, doktor ve hasta veya hasta temsilcisi tarafından ortak bir karar verme sürecinde verilir. Tedavi hedefi, bundan türetilen önlemlerin belirtilmesi, hastanın onay verme yeteneği sorunu ve belirleyici hasta istekleri bu nedenle doktor ve hasta veya hasta temsilcisi arasındaki bir tartışmada tartışılmalıdır. Muvafakat verebilecek durumda olan hastalar söz konusu olduğunda,

¹¹⁷¹ Fulya İLİÇİN-GÖNENÇ (2015), “Hukuki ve Etik Açıdan Resüsitasyon”, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Platformu, SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, <https://www.sdplatform.com/Dergi/896/Hukuki-ve-etik-acidan-resusitasyon.aspx>. ET. 13.07.2022

doktor, tıbbi açıdan gerekli olan teşhis ve tedavi önlemleri ile örtüşmese bile, uygun şekilde bilgilendirilmiş hastanın şu anda ifade edilen iradesine uymalıdır. Bu, halihazırda başlatılmış olan yaşamı sürdürme önlemlerinin sona ermesi için de geçerlidir. Hekim, tıbbi olarak belirtilen tedaviyi reddeden hastaların kararlarını yeniden gözden geçirmelerine yardımcı olmalıdır. Muvafakat veremeyecek durumda olan hastalarda yetkili temsilcisinin veya amirinin beyanı belirleyicidir. Hastanın istek ve isteklerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Bunlar bilinmiyorsa hastanın kendisinin yapacağı gibi (varsayılan irade) karar vermelisiniz. Vakit kaybetmeden yapılabilmesi kaydıyla hasta yakınlarını ve güvendiği diğer kişileri de dahil etmelidirler. Kötüye kullanım belirtileri veya bariz yanlış bir karar varsa, hekim vesayet mahkemesine başvurmalıdır. Hastanın temsilcisi yoksa, hekimin genellikle vesayet mahkemesini bilgilendirmesi ve bir vasi atanmasını önermesi gerekir ki bu da daha sonra yaklaşan tıbbi önlemlere rıza gösterip göstermemeye karar verecektir. Hastanın isteklerinin bilinmediği ve bireysel koşulları belirlemek için zamanın olmadığı acil durumlarda, şüphe durumunda, yaşamı korumaya yönelik gerekli tıbbi tedavi başlatılmalıdır. Bu durumda hekim, tıbbi olarak belirtilen önlemleri almanın, hastanın varsayılan iradesine karşılık geldiğini kabul edebilir. Acil bir durum bağlamında verilen kararlar, ilk uygun fırsatta, hastanın istekleriyle desteklenip desteklenmediklerini kontrol etmek için gözden geçirilmelidir. Hastanın bir temsilcisi mümkün olan en kısa sürede dahil edilmelidir; gerekirse vesayet mahkemesine vesayet kurulması önerilmelidir. Ağır hasta ve ölmekte olan çocuklar ve ergenler için, yetişkinlerde olduğu gibi tıbbi yaşam sonu bakımında da aynı ilkeler geçerlidir. Ancak bu hastaların yaşı veya reşit olmama durumuna bağlı olarak kendine has özellikler bulunmaktadır.”¹¹⁷²

Son 50 yılda, tıpta yaşamı uzatan müdahale olanaklarını büyük ölçüde artıran teknik gelişmeler meydana gelmiştir. Müdahale olanaklarının artması, yeni etik soruları da beraberinde getirmiştir. Teoride "tıbbi yararsızlık" kavramı, tıbbi olarak belirtilmeden yapılabilecek her türlü tıbbi müdahale için geçerli olsa da -bazı tıbbi taramalar ve kozmetik cerrahi gibi şeyler- pratikte "yararsız" literatürü sadece hayat kurtarıcı ve yaşamı sürdüren tıbbi müdahalelerle ilgilidir. Tıbbi yararsızlığı

¹¹⁷² BUNDESÄRZTEKAMMER (2011), “Bekanntmachungen, Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung”, *Deutsches Ärzteblatt*, Jg. 108, Heft 7, http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/old-files/downloads/Sterbebegleitung_17022011.pdf. ET. 12.07.2022

tanımlamaya yönelik orijinal girişimler, doktorların hasta tercihlerine bakılmaksızın, yalnızca tedavi için klinik endikasyonlara dayanarak tıbbi tedaviyi makul bir şekilde reddedebilecekleri veya geri çekebilecekleri açık bir yasal ve etik çerçeve sağlamayı amaçlamıştır. Şaşırtıcı olmayan bir şekilde, bu tıbbi yararsızlık kavramı, tıbbi paternalizmi ve doktorların kişisel değerlerinin hastalara dayatılmasını davet ettiği gerekçesiyle ağır eleştiriler almıştır.¹¹⁷³⁻¹¹⁷⁴ Yararsızlık kavramı daha sonra "fizyolojik yararsızlık" kavramına yenilendi. Bu tanıma göre, beyhude bir muamele, amaçlanan biyolojik amacına ulaşamayan bir tedavidir. Fizyolojik yararsızlık modeli, tahmin edilen sonuçtaki bireysel sapmaları (yani "olasılıklara meydan okuyan" hastalar) hesaba katmadığı için eleştiri aldı. 1990'ların başında Schneiderman ve ark. tarafından yapılan katkılar, nitel ve nicel yararsızlık kavramlarını tartışmaya soktu. Schneiderman, "sadece kalıcı bilinçsizliği koruyan veya yoğun tıbbi bakıma tamamen bağımlılığı sona erdirmeyen herhangi bir tedavi, yararsız ve dolayısıyla boşuna olarak kabul edilmelidir" dedi.¹¹⁷⁵⁻¹¹⁷⁶⁻¹¹⁷⁷⁻¹¹⁷⁸

CPR yapıp yapmama konusunda en önemli sorumlulukları hekimler, hastalar, hasta yakınları (akraba, arkadaş vs.), hasta vekilleri ve hukukçular üstlenmiştir. Bu karar önemli olduğu kadar da zor ve ağır sorumluluklar da getirir; çünkü hekimler için sadece hukuki sorumluluğun yanında etik ve manevi değerler açısından oldukça yıpratıcı olabilmektedir. Bütün bu zorlukları en aza indirmek için verilecek kararda en başta hastanın kendisinin, karar verme yetisine sahip değilse vekilinin veya vekili yoksa hekimin diğer meslektaşlarına danışabileceği Hastane Etik Komiteleri yer almalıdırlar. Tüm bunlar gerçekleştirilirken hastanın özerkliği, değerleri ve kişisel öncelikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Özellikle ABD’de yasal düzenlemelerle sağlık kurumları, hekimler, aileler ve diğer ilgili kişiler DNR uygulamaları hakkında daha kolay, belirsizlikten uzak ve bilinçli hareket edebilmektedirler. Türkiye’de ise hukukumuzda henüz kapsamlı olarak bir yeri olmayan bir konu olmakla birlikte

¹¹⁷³ Sofia MORATTI (2009), “The development of medical futility: towards a procedural approach based on the role of the medical profession”, *J Med Ethics*, S. 35 (6), s. 369-372.

¹¹⁷⁴ Kobi HAWORTH (2015), “Medical futility: The Struggle to Define an Ancient Concept in a Modern Clinical Context”, *American Medical Student Journal*, Wednesday, December 2nd, 2015, <https://www.amsj.org/archives/4514>. ET. 13.07.2022

¹¹⁷⁵ Sofia MORATTI 2009, age, s. 369-372.

¹¹⁷⁶ Jeffrey P BURNS ve Robert D TRUOG (2007), “Futility: a concept in evolution”, *Chest*, S. 132 (6), s. 1987-1993.

¹¹⁷⁷ Dominic JC WILKINSON ve Julian SAVULESCU (2011), “Knowing when to stop: futility in the ICU”, *Curr Opin Anaesthesiol*, S. 24(2), s. 160-165.

¹¹⁷⁸ Lawrence J SCHNEIDERMAN, Nancy S JECKER ve Albert R JONSEN (1990), “Medical futility: its meaning and ethical implications”, *Ann Intern Med*, S. 112 (12), s. 949-954.

ancak ötanazi konusunda kapsadıkları benzer özellikleri ile değerlendirilmektedir. Türkiye’deki uygulamaya baktığımızda da belirli bir yönetmeliğin olmadığını, hastanelerde çeşitli ana bilim dallarına (anesteziyoloji, cerrahi, nöroloji, kardiyoloji, dahiliye vs.) danışılarak bu soruna çözüm aranmaktadır. DNR talimatlarının hazırlanmasında hastaların bu karara aktif katılımının sağlanması gerekir.¹¹⁷⁹

3.3.3.4 Türk Ceza Hukuku Bakımından Ötanaziye Bakış

01.08.1998 tarih ve 3420 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren “Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “Ötanazi Yasağı” başlıklı 13. maddesine göre: “Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.”

Görüleceği üzere ötanazi kararına dayanak teşkil edebilecek sebepler düzenlememizde tıbbi bir zorunluluk olarak değil tıbbi bir gereklilik olarak yer almaktadır. Yani yapılacak bir şeyin kalmadığı hastalar için bir çıkış ve kurtuluş yolu olarak anlaşılması gereken gereklilik halinde dahi bir kimsenin hayatında son verilemeyeceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. İzdırap çeken bir hastanın bu acılarına son vermek için başvuru olan ötanazi yolunu kapayan bu düzenlemenin 14. maddesi ile; “Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur.” denilmek suretiyle, genel kabule göre ötanazi şartlarının olduğu durumlarda dahi sağlık personeline bu acıları dindirme en azından azaltma yönünde harekette bulunma yükümlülüğü yüklemektedir. Zira yönetmeliğin 12. maddesinde yer alan “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.” Hükmü 13. maddedeki ötanazi yasağı bulunmasa dahi hekimlerin (sağlık personelinin), ötanazi oluşturan hareketi 14. maddedeki acıları azaltma ve dindirme yönünde bir hukuka uygunluk nedeni olarak ileri sürebilmeleri imkânsızdır. Zira söz konusu yükümlülük, 12. madde sebebiyle ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek müdahalelere sadece teşhis, tedavi veya korunma amacı güdülmesi durumunda izin vermektedir. Ötanazide ise böyle bir

¹¹⁷⁹ Engin BAŞTÜRK 2003, age, s. 12-21.

amaç yoktur. Aksine teşhis ve tedavi ihtimalini tamamen ortadan kaldıran bir hareket söz konusudur.¹¹⁸⁰ Ertem'e göre; HHY'nin anılan 13. maddesinin ilk fıkrasında getirilen genel ötanazi yasağına karşın, ötanazinin ne olduğu tanımlanmamış ve böylelikle yasağın kapsamı belli edilmemiştir. HHY m.13/2 hükmünün fonksiyonun, HHY m.13/1'i açıklamak ve göstermek mi olduğu, yoksa başlı başına ama ilk fıkra hükmüyle bağlantılı başka bir yasak mı öngördüğü tartışmaya açıktır. Ancak yönetmelik koyucu, tek fıkra hükmünde ortak bir düzenlemeye gitmek yerine; ayrı bir fıkra ihdas etmiş ve ikinci fıkranın ilk fıkranın açıklaması olduğuna işaret edecek herhangi bir kayıt da öngörmemiştir. O durumda HHY m.13'ün ilk fıkra hükmü ile ikinci fıkra hükmü arasında ilişkinin birbirlerini açıklamak değil de birbirlerini tamamlamak olduğu daha olası görülmektedir. Aksi bir yorum şekli olarak, ikinci fıkranın, ilk hükmün tamamlayıcısı olduğu ileri sürülebilir. Buna göre, ötanazi yasağının gerek iradi gerekse iradi olmayan boyutlarıyla ve kişinin hayatının sona erdirilmesine yönelik öngörüldüğü düşünülebilir. Her hâlükârda, iki yorum şekli de ötanazi yasağının varlığına etki edecek düzeyde değildir. Ancak ötanazinin kapsamına etki edebilir. Şu kadar ki, ötanazi yasağının yasal düzeyde değil de düzenleyici işlem düzeyinde öngörülmesi ve yasağa ilişkin terim tercihinin ötanazi yönünden gerçekleştirilmesine karşın, terimin kapsamının ortaya konulmaması eleştiriye açıktır.¹¹⁸¹

Türk Ceza Hukuku'nda aktif ötanazi hiçbir şekilde meşru görülmemekte ve bu uygulamanın kasten öldürme suçuna vücut vereceğinden şüphe bulunmamaktadır.¹¹⁸² Buna karşılık pasif ötanazinin ise "hastanın tedaviyi reddetme

¹¹⁸⁰ Ömer ÇELEN (2007), "Ölüm Yardımı Açısından Hekimin Sorumluluğu", *EÜHFD*, C. 2, S. 34, s.51-80.

¹¹⁸¹ Burcu ERTEM 2015, age, s. 571.

¹¹⁸² "Bir insanın hayatının, bir başkası tarafından kasten sonlandırılmasına kasten öldürme denilmektedir ve müebbet hapis cezası gerektiren bir suçtur (TCK m. 81). Kanun koyucu bu düzenlemede saik üzerinde durmamıştır. Bu nedenle, acılarını dindirmek amacıyla hastanın hayatını sonlandıran doktor veya herhangi bir kişi de kasten öldürme suçunu işlemiş olacaktır. Başka bir ifade ile acılarını dindirme amacıyla hareket etmek düşüncesi önemli bulunmadığından, Türk Hukukunda ötanazinin kasten öldürmenin tipik bir görünüşü olduğu ifade edilmektedir. Kastan öldürme suçunun, soğukkanlı bir şekilde ve çoğu zaman bir plan çerçevesinde işlenmesi durumunda tasarlayarak öldürme suçu söz konusu olmaktadır ve cezası ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır (TCK m.82/1-a). Ötanazinin Türk Hukukunda tasarlayarak öldürme sayılacağını ileri süren yazarlar da vardır." Nükhet ÖZKAN (1997), *Türk Ceza Hukukunda Ötanazi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), *DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü*, s. 73-74, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>. ve Esra ALAN-AKCAN 2013a, age, s. 3-26, <https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/411CA8654D34448B9EEBCE88013CDC5A?doi=>. ET. 01.12.2022

hakkı” çerçevesinde hukuken kabul gördüğünü savunan görüşler bulunmaktadır.¹¹⁸³ Öztürk, bu konuda şunları dile getirmektedir: Tabii ki Türkiye’de aktif ötanazi eski tabirle taammüden adam öldürmedir, bizim hukukumuzda göre tasarlayarak adam öldürmedir. Ama pasif ötanazi konusunda imdadımıza bana göre TCK’nın 26. maddesi yetiştir. "İlgilinin rızası." Kanununun 26. maddesi son derece açık diyor ki "Kişi üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak varsa, bu konuda rıza beyan edebilir." Yaşama hakkı üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilir mi sorusu aslında o kadar derin bir konudur ki, bu konuda pek çok görüş öne sürülmüştür ama üç görüş çok yaygın olarak taraftar bulmaktadır. Birisi, gelenekçi görüş, daha çok dini motifi görüş olup "Allah’ın verdiği canı Allah’tan başka kimse alamaz" diyor. İkinci görüş, sosyal önem görüşüdür ve "Bir kişi doğmakla toplumda sosyal yükümlülükler içine girer, çekip gidemez, demektedir." Üçüncü görüş ise insan hakları görüşüdür. Yaşama hakkı nasıl bir hak; insan hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesinde düzenlenmiştir. Üstelik en temel insan hakkı olarak kabul edilir. Pekâlâ eğer bu bir insan hakkı ise, bunun istimali, bunun kullanılması bir başkasının onayına, bir başka makamın onayına, bir başka kişinin rızasına mı bağlıdır? Burada vereceğiniz yanıt "hayır" olacaktır. Öztürk şöyle devam etmektedir: “Benim görüşüm de üçüncü görüştür, ben ona katılıyorum; ya yaşama hakkını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2., Anayasa’nın 17. maddesinden sileceksin ya da bu görüşe katılacaksın.”¹¹⁸⁴

Öğretideki tartışma pasif ötanazinin uygulanıp uygulanamayacağı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Demirörs ve Arslan-Hızal’a göre; ötanazi ile ilgili kanunumuzda ayrı bir düzenleme mevcut olmadığından dolayı, aktif ötanazinin tatbik edilmesi halinde TCK’nın 81. maddesinde düzenlenmiş bulunan kasten öldürme suçu, pasif ötanazinin tatbik edilmesi söz konusu olduğunda ise TCK’nın 83. maddesinde düzenlenen ihmali davranışla kasten öldürme suçu oluşacaktır.¹¹⁸⁵ Hekimler tarafından işlenebilecek olan kasten öldürme suçları ancak yaşayan bir kimseye yönelik olarak işlenebilir, bu açıdan ortaya çıkan sorun, hayatın ne zaman başlayıp

¹¹⁸³ Yener ÜNVER (2011), “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi”, *İçinde, Ötanazi*, Ed. Nur CENTEL, İstanbul, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No: 1, s. 44.

¹¹⁸⁴ Bahri ÖZTÜRK (2008), *Ötanazi, İçinde, Tıp Hukukunun Güncel Sorunları*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 142, s. 104-108.

¹¹⁸⁵ Özge DEMİRÖRS ve Sevinç ARSLAN-HIZAL 2016, age, s. 1481-1516.

ne zaman bitmiş sayılacağıdır. Buradan da anlaşılacağı üzere beyin ölümü gerçekleşmiş bir hastaya ötanazi tatbik edilemez.¹¹⁸⁶

Aktif ötanazide bir hareketin varlığından bahsedebiliyorken, pasif ötanaziden söz edebilmek için yalnızca kaçınma hali veya ölüme sebebiyet veren olaylara karşı tepkisizlik yeterli olacaktır.¹¹⁸⁷ Başka bir deyişle pasif ötanazide kişi aktif olarak öldürülüyor fakat adeta ölüme terk ediliyordur. Örneğin; beslenmeye muhtaç bir kişiye kasıtlı olarak besin verilmemesi pasif ötanazi olacaktır.¹¹⁸⁸ Yine yaşamsal fonksiyonları ancak tıbbi yöntemlerle devam edebilen bir kimsenin bu yöntemlerden mahrum bırakılması örneğin respiratörün çekilmesi, ya da ölümün ötelenmesini sağlayacak iyileştirme yöntemlerinin uygulanmaması ya da yarıda kesilmesi pasif ötanaziye örnek teşkil etmektedir.¹¹⁸⁹ Besiri'ye göre; hekimin her iki ötanazi türünde de kastı acıyı dindirmektir. Bu kast gerçekleşince doğal olarak, öngörülen ölüme gerçekleşmektedir. Türkiye' de genel olarak hekimler pasif ötanaziye evet demekte ve zaten mevcut sistemde dolaylı olarak pasif ötanazinin uygulandığını söylemektedirler. Pasif ötanazi olarak görülmeyen doktorun hareketi doğal yollardan ölüm olarak kayıtlara geçmektedir.¹¹⁹⁰

Pasif ötanazi, tedaviyi reddetme kapsamında kabul edilmekte ve doktorun sorumluluğu doğmamaktadır. Bu itibarla kişinin tedaviyi ret hakkı kapsamında tedaviyi reddetmesi veya durdurması durumunda hekimin müdahalede bulunmaması suç teşkil etmeyecektir. Bilgilendirmenin yapılmış olmak ve karar verebilecek durumda olmak şartıyla hasta tedaviyi reddedebilir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 25. maddesine göre, “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. Bilgilendirmenin yapılmış olmak ve karar verebilecek durumda olmak şartıyla hasta tedaviyi reddedebilir.”¹¹⁹¹

¹¹⁸⁶ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 51-59.

¹¹⁸⁷ Ertuğrul Cenk GÜRCAN (2011), “Ötenazi, Yaşam Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 60 (2), s. 265.

¹¹⁸⁸ Arzu BESİRİ (2009), “Ötenazi ve Yaşam Hakkı”, *TBB Dergisi*, 86, s. 188-203.

¹¹⁸⁹ Ayşe Başak SARI (2021), Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), *T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü*, s. 14.

¹¹⁹⁰ Arzu BESİRİ 2009, age, s. 188-203.

¹¹⁹¹ Berrin AKBULUT 2020, age, s. 273-357.

Pasif ötanazinin iki şartı vardır: 1) Hastanın özgürce açıkladığı iradesi bulunmalıdır. Bunun için, hastanın karar verme, irade açıklama bakımından yeterli olması gerekir. Bu durum hekim tarafından değerlendirilmelidir. Bu konuda açık bir düzenleme olmamakla birlikte konunun önemi ve 1219 sayılı Kanunun 70. maddesi uyarınca kıyasen iradenin yazılı olması şart görülmelidir. Hastanın kararı açık ve kuşkuya yer verilmeyecek şekilde olmalıdır. Zımnî/örtülü karar ile ötanazi hususunda hareket edilemez. Öte yandan, hastanın bu kararına karşı, hekim, hastalığın seyri ve bu süreçte yapılacak tedavi veya tıbbi bakım hakkında hastaya bilgi vermesi ve hastanın rızasını bundan sonra aldığına dair imzalı belgeyi dosyaya koyması gerekir. Doğal olarak, hasta yazılı belge vermiş bile olsa, bu kararından her zaman vazgeçebilir. -2) Pasif ötanazi hastanın yaşam kalitesinde düşme şartına bağlıdır. Hastalığın, kişiye ıstırap veriyor olması elbette yaşam kalitesinde düşüklüğü gösterir. Ancak sadece acı ve ıstırap duyulması yaşam kalitesinin düşük olduğu anlamına gelmez. Aksi takdirde, sonradan bilinci kapanan hastanın ıstırap duymadığı gerekçesiyle ötanazi uygulaması yapılamaz. Yaşam kalitesi gerek ıstırap hali gerekse hastalığın ortaya çıkardığı ve günlük yaşamı etkileyen diğer bir anomali veya endikasyondan ortaya çıkmış olabilir. Bu koşullar altında pasif ötanazi uygulanmasını isteyen, başka bir deyişle tedavisinin sonlandırılmasını talep eden hastanın ilerleyen zaman zarfında şuuru kapansa bile, tedaviyi ret hakkı sebebiyle artık hekimin tıbbi yardım yükümlülüğü söz konusu değildir.¹¹⁹²

Aktif ötanazide hastanın talebi üzerine etken bir hareketle hastanın öldürülmesi söz konusudur. Hukuki manada bu eylem, kanaatimce, kendine özgü bazı hususiyetleri (mesela tasarlama) olan kasten öldürme kapsamındadır. Burada herhangi bir tartışma yoktur. Pasif ötanazi ise, ölmek üzere olan hastanın, kendi talebi üzerine, yaşamını uzatan tedbirlere son verilmesi ve bu gibi tedbirlerin uygulanmaması halini karşılamak durumu gibi görünmektedir. Ancak, hastanın rızası olmadan bu yapıldığında, doktorun ihmali şekilde kasten öldürmeden sorumluluğu söz konusu olacaktır. Etik değerlendirme ve çekinceler göz önünde tutulmaksızın konu salt hukuki açıdan ele alındığında, mevzuatımız bakımından bu şekilde sonuç doğuracağı söylenebilir.

Konunun önemine binaen, etik bakış açısını ortaya koymak anlamında, Rachels tarafından verilen bir örneği burada ele alabiliriz. Şöyle demektedir:

¹¹⁹² Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 51-59.

Geleneksel öğretinin de izin verdiği gibi bu doktorun tedaviyi sonlandırdığını varsayalım. Doktorun tedaviyi sonlandırma gerekçesi, hastanın büyük bir acı içinde olması ve nasıl olsa yakında öleceğinden, bu acıyı gereksiz yere sürdürmenin yanlış olmasıdır. Ancak şuna dikkat etmek gerekir. Eğer doktor yalnızca tedaviyi keserse, hastanın ölmesi için yine de biraz zaman geçmesi gerekecektir; bu durumda, hastaya doğrudan eylemde bulunulup ona, onu hemen öldürecek zehirli bir iğne ile enjeksiyon yapılırsa, daha az acı çekmesi sağlanabilirdi. Bu durum şu düşünce için güçlü bir gerekçe sağlar: Hastanın acısını gereksiz yere sürdürmeme kararı alındığı anda, aktif ötanazi, pasif ötanaziden daha tercih edilebilir bir seçenek haline gelmektedir. Aksini iddia etmek, daha az acıya değil daha çok acıya neden olan görüşü desteklemek olacaktır ve bu da en başta hastanın ömrünü uzatmama kararına bizi iten insani dürtülerimize terstir. Vurgulamak istediğim noktalardan biri, "ölmesine izin verme" sürecinin görece yavaş ve acı verici olabileceği, zehirli bir iğne enjekte etmenin ise görece çabuk ve acısız olduğudur. Şimdi de farklı bir tür örnek vereyim. Amerika Birleşik Devletleri'nde yaklaşık olarak her 600 bebekten 1'i Down sendromlu olarak doğmaktadır. Bu bebeklerin çoğu bunun dışında sağlıklıdır; yani yalnızca standart pediatrik bakımla normal bir bebeklik dönemi geçirirler. Ancak bazıları, bağırsak tıkanıklığı gibi yaşayabilmeleri için operasyon geçirmelerini gerektiren konjenital defektler ile doğarlar. Bazı durumlarda ebeveynler ve doktor, operasyonu yapmamaya ve bebeğin ölmesine izin vermeye karar verirler. Anthony Shaw, ardından olanları şöyle anlatır: Ameliyat yapmama kararı alındığında doktor, bebek doğal yollarla ölürken onun acı çekmesini önlemeye çalışmalıdır. Genellikle elimdeki neşter ile ölümlü savaşmaya alışık bir cerrah olan benim için bile kurtarılabilecek bir bebeğin başında öylece durup, ölmesini izlemek yaşadığım en yorucu tecrübedir. Böyle durumlardaki bebeklerin ölmelerine izin verme kararı vermek, konferanslarda konuşurken ya da teorik tartışmalar yaparken kolaydır. Yenidoğan yoğun bakım odasında durup, susuzluk ve enfeksiyonun küçük bir varlığı günler ve saatler içinde eritip, bitirmesini seyretmek ise tamamen farklıdır. Bu, ben ve hastane çalışanları için, o yoğun bakım odasından içeri hiç adım atmayan ebeveynler için olduğundan çok daha büyük bir çiledir. ...Geleneksel öğreti, yaşam ve ölümlü ilgili kararları bunlarla ilgisiz bir zemine çekmektedir. Sendromlarıyla alakası olmayan konjenital defektler ile doğan ve yaşayabilmek için operasyon geçirmesi gereken Down sendromlu bebeklerin durumunu tekrardan ele alalım. Bazı

durumlarda operasyon yapılmaz ve bebek ölür; ancak eğer ortada bir defekt yoksa, bebek yaşar. Bir bağırsak tıkanıklığını ortadan kaldırmak için yapılacak bir operasyon, genellikle zor bir operasyon değildir. Böyle durumlarda operasyon yapılmamasının sebebi, bariz biçimde, çocuğun Down sendromlu olması ve ebeveynler ile doktorun bu nedenden ötürü çocuğun ölmesine izin vermenin daha iyi olduğuna karar vermesidir. ...Mesele bağırsak değil, Down sendromudur. Dolayısıyla mesele eğer tartışılacaksa bu temelde tartışılmalı ve bağırsak tıkanıklığı gibi esasen ilgisiz bir düzleme çekilmemelidir.¹¹⁹³

Dolaylı ötanazi ise, doktorun hastanın acısını azaltmak amacıyla kullandığı ve kullanılmasına tıp biliminin izin verdiği ilacın, kaçınılmaz yan etkisi olarak hastanın yaşamının kısaltıldığı olaylar için ifade edilmektedir. Dolaylı ötanazinin cezalandırılmaması kabul edilmektedir. Bazı yazarlar bunun zorunluluk hali kapsamında cezalandırılmayacağını ifade ederken bazı yazarlar fiilin sosyal uygunluğu kapsamında, bazı yazarlar ise izin verilen risk veya yükümlülüklerin çatışması kapsamında cezalandırılmayacağını kabul etmektedirler. Dünya Tabipler Birliği'nin 1987 Madrid Ötanazi Bildirgesi'nde ötanazinin etik olmadığı belirtildikten sonra, "bu, hekimi hastalığının son dönemlerinde olan bir hastanın doğal ölüm süreci ile ilgili isteğine saygı göstermekten alıkoymaz" denilmektedir.¹¹⁹⁴

Ötanaziye engellemeye yönelik ulusal mevzuatımızdaki düzenlemelerden biri 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği'dir. Yönetmeliğin 13. maddesine göre, "Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez". Ulusal düzenlemelere rağmen ötanazi uygulayan kişiler TCK'nın 81. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırılacaktır.¹¹⁹⁵ Demirörs ve Hızal'a göre; ötanazi ile ilgili kanunumuzda ayrı bir düzenleme mevcut olmadığından dolayı, aktif ötanazinin tatbik edilmesi halinde TCK'nın 81. maddesinde düzenlenmiş bulunan kasten öldürme suçu, pasif ötanazinin tatbik edilmesi söz konusu olduğunda ise TCK'nın 83. maddesinde düzenlenen ihmali davranışla kasten öldürme suçu oluşacaktır.¹¹⁹⁶

¹¹⁹³ James RACHELS 1975, age, s. 1-10.

¹¹⁹⁴ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 783-791.

¹¹⁹⁵ Esra ALAN-AKCAN 2013a, age, s. 3-26.

¹¹⁹⁶ Özge DEMİRÖRS ve Sevinç ARSLAN-HIZAL 2016, age, s. 1481-1516.

Kendi ülkelerinde yasal olmaması sebebiyle ötanazi uygulanarak yaşamlarına son verilmesi için kişileri başka ülkelerdeki merkezlere götüren ve ötanazi uygulanmasını gerçekleştirmeye yardım eden kişilerin durumuna gelince, bu kişiler öncelikle TCK'nın 84. maddesinde belirtilen intihara yönlendirme suçundan asli fail olarak sorumlu olacaklardır. Maddeye göre, “(1) 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. (2) İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (4) 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” şeklindedir. Bir yabancının Türkiye’de bir Türk vatandaşını talebi üzerine yurt dışında ötanazinin uygulanabileceği merkezlere götürüldüğü takdirde sorumluluğu belirlenirken de TCK'nın 12. maddesi nazara alınmalıdır. Maddeye göre, “(1) Bir yabancı, 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanı'nın istemine bağlıdır. (2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen suçun bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk kişisinin zararına işlenmesi ve failin Türkiye’de bulunması halinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması şartı ile suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine, fail, Türk kanunlarına göre cezalandırılır”. Bu durumda, TCK'nın 84. maddesinde düzenlenen suçun alt sınırı TCK'nın 12. maddesinde belirtilen bir yıldan daha yüksek olduğundan ve yabancı kişi Türkiye’de bulunduğu ve Adalet Bakanının istemi olduğu takdirde bu maddeye göre cezalandırılacaktır.¹¹⁹⁷

3.3.3.5 Hekimin İhmali Davranışla Öldürme Suçu Bağlamında Pasif Ötanazi

Hukuk normları emir ya da yasak normlarıdır. Emir şeklinde düzenlenen normlarda, kişiye kanun tarafından belli bir harekette bulunma yükümlülüğü yüklenmekte ve bu norma aykırı davranış ihmali bir suçu oluşturmaktadır. İhmali

¹¹⁹⁷ Ali Osman ONAR 2022, age, s. 5-76.

suçlar ise bir emir kuralına aykırılık oluşturan hareketlerdir. Önceki kanundan farklı şekilde, Türk Ceza Kanunu'nun 83. maddesinde bir garantörsel ihmali suç tipi tanımlanmıştır. Kasten öldürme suçunun ihmali bir hareketle işlenmesi halinde de failin cezalandırılmasını öngören bu maddeye göre, ölüm neticesinin gerçekleşmesini önlemek konusunda kişinin özel bir yükümlülük altında bulunması ve bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle ölüm neticesinin meydana gelmiş olması gerekir. Kanun, garantör olarak nitelenen bir kişinin neticenin meydana gelmesini önleme yükümlülüğünün “kanun, sözleşme da daha önceden gerçekleştirdiği bir davranıştan” kaynaklanabileceğini belirtmiştir. SiGB (Alman Ceza Kanunu) m.13'ün lafzından çıkan sonuca göre “Kanunda belirlenen bir suç tipindeki neticenin meydana gelmesini önleme hukuki yükümlülüğü altında bulunan kimseye garantör denir.” Örnek olarak havuzda boğulmakta olan bir çocuğu kurtararak ölümünün meydana gelmesini önleme bakımından, annesinin kanundan, havuzda görevli cankurtaranın sözleşmeden, o çocuğu şaka olsun diye havuza iten arkadaşının ise ön gelen tehlikeli eyleminden kaynaklanan yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu kişiler, bahsi geçen yükümlülükleri yerine getirmezler ve neticesinde ölüm meydana gelir ise Türk Ceza Kanunu madde 83'e göre sorumlulukları söz konusu olacaktır. Özellikle pasif ötanazi bakımından büyük önem arz eden bu düzenleme, hekimlerin kanundan kaynaklanan tedaviye başlama ve tedaviyi yürütme mecburiyetlerini kanuna aykırı olarak yerine getirmemeleri durumunda uygulama alanı bulacaktır. Bu maddenin somut olayda faile uygulanabilmesi için garantör konumunda olunması, bir başka deyişle neticeyi önleme hukuki yükümlülüğün bulunması tek başına yeterli değildir. Bir hekimin pasif ötanazi gerçekleştirdiğinden bahisle cezalandırılabilmesi için tedavi etme yükümlülüğünü yerine getirmesinin hukuken kendisinden beklenebilmesi gerekir.¹¹⁹⁸

Pasif ötanazi, hekimin hareketsiz kalması sonucu ölümün meydana gelmesi durumudur. Pasif ötanazide sadece bir kaçınma hali veya ölüme neden olacak olaylara müdahale etmeme, dolayısıyla ihmali bir hareket söz konusudur.¹¹⁹⁹ Ancak, bazı yazarlar, pasif ötanaziyi aktif ötanaziden ayırmanın eylemsizlik olmadığını, ölümün kendi doğal seyrini izlemesine izin verilmesinin olduğunu, dolayısıyla örneğin icrai bir hareketle yapay solunum cihazını kapatmanın da aslında pasif

¹¹⁹⁸ Ömer ÇELEN 2007, age, s. 51-80.

¹¹⁹⁹ Esra ALAN-AKCAN (2013b), “Türk Hukukunda Ötanazi”, *İçinde, Ötanazi*, Ed. Çağatay ÜSTÜN, İzmir, Ege Üniversitesi Basımevi, Sayı 122, s. 103.

ötanazi olduğunu, çünkü hastanın ölümünün doğal seyrine bırakıldığını belirtmektedirler.¹²⁰⁰ Bazı yazarlar ise beyin ölümü gerçekleştiği için tıbben ölü yani kadavra niteliğinde kabul edilen fakat solunum ve dolaşımı cihazlarla çalışmaya devam eden hastalarda, yaşam destek ünitesinin çekilmesinin ötanazi olarak değerlendirilmediğini belirtmektedirler.¹²⁰¹⁻¹²⁰² Bu tür ötanazi kişi üzerinde gerçekleştirilen ihmali bir hareket ile tatbik edilmektedir. Pasif ötanazi, tıbbi etik gereği olduğu kadar aynı zamanda kanun gereği tıp adamına bağlanan yaşatma yükümünü yerine getirmeme veya sona erdirme anlamındaki hareketsizlik hallerini ifade eder.¹²⁰³

Öğretide egemen görüşe göre, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında, yaşamsal tehlike olsa bile, hastanın tedaviyi reddettiği durumda hekimin müdahale yükümlülüğü yoktur. Hastanın özgür iradesiyle açıkladığı tedaviyi ret talebine hekim uymak zorundadır.¹²⁰⁴⁻¹²⁰⁵⁻¹²⁰⁶ Hastanın tedaviyi reddetmesi halinde doktorun neticesi ölüm olsa bile yapabileceği bir durum yoktur. Anayasal olarak güvence altına alınmış olan vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı, tedaviyi ret hakkının hasta tarafından kullanılması halinde hekimin icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmakta ve icrai davranışta bulunma yasağına dönüşmektedir.¹²⁰⁷ Yargıtay, kişinin vücut dokunulmazlığına ilişkin bir kararında şöyle demiştir:

“Sağlık ve yaşama haklarının da bir sınırı bulunmaktadır, kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir. Kişiler kendi vücutları üzerinde ayırık durumlar hariç ancak kendileri tasarrufla bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbî müdahalelerde de bu genel kuruldan ayrılmamak gerekir. Tıbbî müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir. Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile

¹²⁰⁰ Arın NAMAL (2013), “Etik Açısından Ötanazi ve Türleri”, *İçinde, Ötanazi*, Ed. Çağatay ÜSTÜN, İzmir, Ege Üniversitesi Basımevi, Sayı 122, s. 46.

¹²⁰¹ Osman YAŞAR, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2014, age, s. 789.

¹²⁰² Özge DEMİRÖRS ve Sevinç ARSLAN-HIZAL 2016 age, s. 1481-1516.

¹²⁰³ Kudret GÜVEN (2000), *Kişilik Hakları ve Ötanazi*. Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, s. 11.

¹²⁰⁴ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 86-87.

¹²⁰⁵ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 86.

¹²⁰⁶ Ahmet ER, Ömer TOPAÇ ve Serap KAYGUSUZ 2021, age, s. 143-146 ve s. 299-302.

¹²⁰⁷ Ömer ÇELEN 2007, age, s. 51-80.

sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibardır ki ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır.”¹²⁰⁸

Hekim, kaçınılmaz ve yakın ölüm teşhisi koyduğu hastasının, duyduğu acıları dindirmek kastıyla, tamamen iyiniyetli bir saik ile hareket etmiş olsa da hastanın rızası olmadan ve hatta aydınlatılmış rızası alınmadan böyle bir tedavi yöntemine girişmesi halinde kasten öldürmeden sorumlu tutulabilecektir. Zira hekim bu hareketi ile kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına minimum özeni dahi göstermemiş olacaktır.”¹²⁰⁹

Türkiye Cumhuriyeti’nin de taraf olduğu “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi”nin 5. maddesine göre; “sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.” Bu kapsamda tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış kimsenin rızası olmaması halinde o kişiye tedavi uygulanamayacaktır. Sözleşmenin bahsedilen maddesinin 3. fıkrasında ise “ilgili kişi, muvafakatini her zaman geri alabilir” düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre kişinin başlanmış olan tedavisinden her zaman, geçerli bir şekilde rızasının alınması koşuluyla vazgeçmesi ve tedaviyi yarıda bırakması mümkündür.¹²¹⁰ Bu konuda bir başka görüşe göre ise; “tedavi başlamış ve yaşamı veya yaşamsal önemi olan organlardan birisini tehdit eden acil bir durum varsa muvafakatin geri alınmasının” mümkün olmaması gerekir. Nitekim, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24. maddesinde de “rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması” ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlanmıştır. Bahsedilmesi gereken bir başka pozitif düzenleme de Tıbbi Deontoloji Nizamnamesidir. Nizamnamenin 2. maddesinde hekimin görevinin insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine özen ve hürmet göstermek olduğu düzenlenmiştir. On üçüncü maddenin 3. fıkrasında hekimin, teşhis, tedavi veya korumak amacı olmaksızın hastanın arzusuna uyararak ya da başka bir nedenle akli ve bedeni mukavemetini

¹²⁰⁸ Y4HD, E: 1976/6297, K: 1977/2541, T: 07.03.1977, Kazancihukuk.com,

<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeUX6Wy3w40dqA~&=0.9366586932582779>. ET. 13.07.2022

¹²⁰⁹ Ömer ÇELEN 2007, age, s. 51-80.

¹²¹⁰ TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ (2022), Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (Kanun No: 5013, Kabul Tarihi: 3.12.2003), <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>. ET. 29.06.2022

azaltacak herhangi bir şeyi yapamayacağı belirtilmiştir.¹²¹¹ Konu ile ilgili bir başka pozitif düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesidir.¹²¹² Bu maddeye göre ötanazi yasaktır ve ayrıca tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun yaşam hakkından vazgeçilemeyeceği, kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemeyeceği düzenlenmiştir.¹²¹³

Alman hukukunda, Federal Mahkemenin bir kararında hekimin tedavi etme hak ve görevinin sınırının, kişinin bedeni üzerinde özgürce karar verme hakkıyla sınırlı olduğu belirtilmiş, yine 1984 tarihli bir kararda; babasının iradesine aykırı olarak, mutlak bir endikasyon tehlikesi mevcutken, başarılı bir operasyonla 7 yaşındaki çocuğun ayağını kesen hekimin müessir fiil suçunu işlediği kabul edilmiştir. Yüksek Mahkeme, bu tarihten itibaren tedavinin başarısını dikkate almaksızın hastanın iradesini esas alan yaklaşımını sürdürmüştür.¹²¹⁴

Federal Alman Yüksek Mahkemesi'nin 2010 yılının haziran ayında verdiği yeni bir kararla pasif ötanazinin meşruluğunu yinelemiştir. Bu karara göre; "...Hasta, hayatının suni olarak uzatılıp uzatılmamasına veya tedavinin bitip bitmeyeceğine tek başına karar verebilir. Onurlu bir hayat sürmek için onurlu bir ölümü gerekli görebilir."¹²¹⁵ Alman Federal Yüksek Mahkemesi de son kararlarında, tedaviden kaçınmak, tedaviyi sınırlamak ve tedavinin yarıda kesilmesi aracılığıyla ölüme yardımda artık hastanın iradesine öncelik tanımaktadır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi 25.06.2010 tarihli kararında: "Eğer hastanın gerçek veya farazi rızasına uygun düşüyorsa (Alman Medeni Kanun'u paragraf 1901a) ve tedavi olmaksızın ölüme yol açan bir hastalık sürecini akışına bırakmaya yarıyorsa, ihmal suretiyle ölüme yardım, başlamış bir tıbbi tedavinin sınırlanması veya sona erdirilmesi (tedavinin kesilmesi) hukuka uygundur. Tedavinin kesilmesi hem ihmal suretiyle hem de icrai bir hareketle gerçekleştirilebilir. Bir insanın hayatını hedef alan, tedavinin kesilmesiyle ilgili olmayan müdahaleler, rıza sebebiyle hukuka uygun kabul edilemez." diyerek ölüme yardım eylemini, hayatta tutma veya hayatın

¹²¹¹ MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2022), Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (Resmî Gazete Tarihi: 19.2.1960, Resmî Gazete Sayısı: 10436), <https://mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf>. ET. 29.06.2022

¹²¹² MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2022), Hasta Hakları Yönetmeliği (Resmî Gazete Tarihi: 01.08.1998, Resmî Gazete Sayısı: 23420), <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>. ET. 29.06.2022

¹²¹³ Özge DEMİRÖRS ve Sevinç ARSLAN-HIZAL 2016, age, s. 1481-1516.

¹²¹⁴ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 50-51.

¹²¹⁵ Esra ALAN-AKCAN 2013a, age, s. 3-26.

uzatılması bakımından uygun olan bir tedavinin kesilmesi neticesinde ölümcül bir hastalığın kendi seyrine bırakılmasıyla sınırlı tutmuştur.¹²¹⁶

Aksi durumda, yani, kişi hekimden yaşamını devam ettirecek tedbirleri almasını istiyor ancak hekim tedbirsizlik ve dikkatsizlik neticesinde bunu yapmıyor ve hekimin ihmali davranışına bağlı olarak ölüm meydana geliyorsa, hekimin ihmali davranışla adam öldürme suçundan (TCK m.83) cezai sorumluluğu ortaya çıkar.¹²¹⁷⁻¹²¹⁸

Avusturya'da, rıza ve aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili düzenlemeler Almanya'dakine koşuttur. Ancak bir farkla ki Avusturya Ceza Kanunu rızasız tıbbi müdahaleyi özel bir suç tipi olarak düzenlemiştir. Buna göre: "her kim bir başkasına, rızası olmaksızın tıp biliminin kurallarına uygun olarak da olsa, tıbbi müdahalede bulunursa cezalandırılır. Fail, kendisine müdahalede bulunan kişinin yaşamının veya sağlığının tehlikede olduğu kanısından hareket ederek rıza almamışsa, ancak böyle bir tehlikenin bulunmaması ve bu durumun gerekli özen gösterildiğinde anlaşılabilir nitelikte olması halinde cezalandırılır." Kanun koyucu hastanın kendi geleceğini tayin hakkı bakımından gösterdiği hassasiyet nedeniyle bu tarz fiilleri kasten yaralama suçundan farklı bir suç tipi içerisinde düzenlemiştir.¹²¹⁹

Amerika'da bazı eyaletlerde farklılıklar olmakla birlikte tedaviyi ret hakkı tanınmaktadır. Hastanın tedaviyi kesme isteği konusunda da çeşitli eyaletlerde farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, Kaliforniya Doğal Ölüm Yasası, hastaların gerek hastalık çıktıktan sonra gerekse sağlıklıyken hazırladıkları bir belgeyle, hekime hastalığın ileri aşamalarında yaşamını yapay yoldan sürdürecektir önlemlerin kesilmesi yolunda direktif verebilecekleri kabul edilmektedir. Bazı eyaletlerde de seçimlerini belirtemeyecek durumda olan hastaların, önceden saptadıkları bir vekil yoluyla bu hakkı kullanmalarına izin veren düzenlemeler de mevcuttur. Tedaviyi ret kişinin

¹²¹⁶ Beatrice BRUNHÖBER (2014), "Ceza Hukuku ve Hukuk Felsefesi Bakış Açısından Ölüme Yardım", *Tıp/Sağlık Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 14*, Çev. Yener ÜNVER, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 217-218 ve Dorothea MAGNUS (2014), "Ölüme Yardım ve Demans", *Tıp/Sağlık Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 14*, Çev. Kerem ÖZ, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 223, *Aktaran Özge DEMİRÖRS ve Sevinç ARSLAN-HIZAL* 2016, age, s. 1481-1516.

¹²¹⁷ Muharrem ÖZEN ve Meral EKİCİ-ŞAHİN (2010), "Ötanazi", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 68, s. 15-36.

¹²¹⁸ Esra ALAN-AKCAN 2013a, age, s. 3-26.

¹²¹⁹ Behiye EKER-KAZANCI (2012), "Karşılaştırmalı Hukukta Tıbbi Uygulama Hatası", *İçinde, Oftalmolojide Malpraktis, Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları*, Ed. Süleyman KAYNAK, Zeliha YAZAR, 1. Baskı, Türk Oftalmoloji Derneği Eğitim Yayınları No: 14, Galenos Yayınevi, s. 104-113, <http://www.todnet.org/TODdata/File/temp-birimi-kitabi-ofthalmolojide-malpraktis-2012.pdf>. ET.

07.06.2022

özerkliği ve kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bir kimse tedavi istemiyorsa hekimin onu zorla tedavi etme yetkisi bulunmamaktadır.¹²²⁰

İngiliz yargısında 1993 tarihli bir olaya ilişkin olarak verilen mahkeme kararında; “akla ve bilince sahip yetişkinin kendi izni olmadan tedavi uygulanmasının haksız fiil olduğu ve müessir fiil suçunu oluşturacağı” belirtilmiş ve sonucu ölüm olsa bile hastanın tedaviyi reddetme hakkının varlığı kabul edilmiştir. Bu anlamda hastanın özerkliği (otonomi) kavramı İngiliz hukukunda çok önem taşımaktadır. Yüksek Mahkemenin, Sheffield’de, 1993 yılında 93 kişinin öldüğü ve pek çok kişinin de yaralandığı futbol stadı kazasında yapılan tedaviler nedeniyle açılan davada vermiş olduğu karar en güzel örneği oluşturmaktadır. Mahkemenin kararına göre “sağlam akla ve bilince sahip olan bir yetişkine kendi izni olmadan tıbbi tedavi uygulama hem haksız fiildir hem de müessir fiil suçu teşkil eden kanun dışı bir harekettir. Böyle bir şahıs tedavi olmayı reddetme konusunda tamamen özgürdür. Bunun sonucu ölüm olsa bile”¹²²¹⁻¹²²²

1981 tarihli Lizbon bildirgesinin (c) bendine göre “hastanın yeterli bilgileri aldıktan sonra tedaviyi kabul etmeye ve yadsımaya hakkı vardır.” 1983 yılının Ekim ayında 35. Dünya Hekimler Kurultayı’nın benimsediği Venedik Bildirgesi’nde, terminal dönemdeki hastaların rızasıyla veya rızalarını açıklayamayacak durumda iseler yakınlarının rızasıyla tedavilerinin kesilebileceği ifade edilmiştir. Aynı şekilde, bu hak, 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesinin 3. maddesinde “...Her hastanın tedaviyi reddetme veya sonra erdirme hakkı vardır.” denilmiştir. Türk Hukuku’nda tedaviyi ret hakkı ile ilgili olan düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 25. maddesinde yer almaktadır. Buna göre: “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.”¹²²³ Tedaviyi ret hakkı bulunan hastanın, bu hakkını kullanmadan önce kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar hakkında hekim tarafından aydınlatılmamış olması

¹²²⁰ Behiye EKER-KAZANCI 2012, age, s. 104-113.

¹²²¹ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 50-51.

¹²²² Behiye EKER-KAZANCI 2012, age, s. 104-113.

¹²²³ Esra ALAN-AKCAN 2013a, age, s. 3-26.

durumunda, hekimin TCK m.83'e göre sorumluluğu doğacaktır. Zira hekim kanun tarafından neticeyi önleme yükümlüğü altındadır. Bir yandan hekime bu yükümlülük yüklenirken diğer yandan hastaya ret hakkı tanınmış olması bir tezat teşkil ediyor gibi görünse de hekimin hastayı aydınlatmış olması neticeyi önleme yönünde gösterilen çaba sebebiyle gösterilen neticeyi önleme yönündeki ihmalin hukuka aykırılık özelliği kazanmasını engellemektedir.¹²²⁴

Anayasal demokrasilerde temel insan hakları olan yaşama, vücut bütünlüğünü, maddi ve manevi varlığını koruma, özgürlük ve güvenlik haklarının, özel hayata saygı hakkının, (vb.) teminat altına alınması temel amaçların başında gelmektedir. Belirtilen özgürlükler, Anayasa (m.12, 17, 19, 20-28, vd.) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.2, 3, 5, 8, 10) hükümlerinde güvence altına alınmıştır. Böylece kişinin özgür, kararlarını kendisi alabilen ve güven içinde yaşayan bir kimse olması hedeflenmektedir. Anayasanın 17/1. maddesinde kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte, diğer fıkralarında ise tıbbi girişimler için rızanın temel alınması ve insan onurunu ihlal eden muamele ve cezalara maruz bırakılmama güvencesi nedeniyle m.17'nin bir bütün olarak kişi özerkliği güvence altına aldığı söylenebilir. Nitekim bu madde, Türk öğretisinde, özerklik hakkının anayasal kaynağı olarak görülmüştür.¹²²⁵⁻¹²²⁶

Hasta hakları kavramı özelinde; hastanın, sağaltım sürecini veya yaşamının kalan süresini ne şekilde geçirmesi gerektiğine kendi özgür istenciyle karar vermesi ve kararı doğrultusunda eylemde bulunması, kendi geleceğini belirleme hakkının içeriğini oluşturmaktadır. Bu anlamıyla, söz konusu hakka ilişkin olarak “hastanın özerkliği” veya “muhtariyeti/otonomisi” terimi de kullanılmaktadır.¹²²⁷⁻¹²²⁸ Anayasanın 17. maddesindeki bu düzenleme, kişinin hür istencine aykırı olarak tıbbi zorunluluk gerekçesiyle kişinin bedenine müdahale edilmesi anlamına gelmez, bu itibarla zorla tedavi uygulaması hem insan onuruna saygı, maddi ve manevi varlığını geliştirme (m.17/1) hem de özel hayata saygı (m.20) haklarıyla çatışır. Başka bir

¹²²⁴ Ömer ÇELEN 2007, age, s. 51-80.

¹²²⁵ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 101-102.

¹²²⁶ Hamide BAĞÇECİ (2021), “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkının Anayasal Temelleri Üzerine Yorumlar”, *İçinde, V. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 165.

¹²²⁷ Feridun YENİSEY (2008), “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, *İçinde, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, s. 871.

¹²²⁸ Cahid DOĞAN (2011), “Tedaviyi Kabul Etmeme ve Durdurma Hakkı”, *İçinde, II. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Kadir Has Üniversitesi (İstanbul-2009), İstanbul, s. 314.

deyişle, zorla tedavi, kişinin kendi geleceğini belirleme (hasta özerkliği) hakkını ihlal eder. Açıkça belirtilmelidir ki zorla tedavi, insan onuruna, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına aykırı olması yüzünden hukuka da aykırıdır.¹²²⁹ Kişinin kendisine uygulanacak tedaviye rıza gösterme veya tedaviyi ret hakkının hekimin iyileştirme ödevinden daha üstün ve korunması gereken bir hak olduğunu, dolayısıyla pasif ötanazinin uygulanmasında da yasal bir engel bulunmadığını ve bu sebeple hekimin cezalandırılmaması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşün savunucularından bir başka yazar, suistimalleri engelleyici önlemlerin kanunen sıkı suretle düzenlenmek koşulu ile, bilimsel anlamda ötanazi konusu eylemlerin hatta aktif ötanazinin kanunlarla düzenlenmesi gerektiğini, ancak bu düzenlemelerin hekimin tedaviyi/müdahaleyi ret hakkı ile de bağdaştırılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre; pasif ötanazinin veya öğretilde dolaylı ötanazi olarak adlandırılan tıbbi müdahale biçimlerinin, gerekli aydınlatma yükümlülüğünün yeterince yerine getirilmesine dayalı hukuken geçerli rıza ve tıbbi müdahalenin geçerlilik koşulları bulunduğu sürece, ceza hukukunu ilgilendiren bir boyutu bulunmamaktadır ve konu hastanın tedaviyi ret hakkı çerçevesinde çözülmesi gerekmektedir.¹²³⁰ Bazı yazarlar, Almanya’da pasif ötanazinin, tıbbi tedavinin hukuken kabul edilmiş bir sınırı olarak benimsendiğini ve hatta bazı durumlarda zorunlu olduğunu belirtmektedirler. Ölümün kısa sürede gerçekleşme ihtimali karşısında, hastanın sağlık sorunlarının artık tedavi edilemeyeceğinin anlaşılması ve ölümcül sürece artık dönüşü olmayan bir şekilde girilmesi halinde pasif ötanazi söz konusu olabilecektir.¹²³¹

Pasif ötanazi uygulamasında temel unsur, hastanın iradesi ve isteğidir. Bu nedenle, hastanın rızası alınmadığı halde yakınlarının isteği veya hekimin kendi takdiriyle yapılacak uygulama ihmali davranışla kasten öldürme suçunu meydana getirir. Bilindiği üzere, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. ve Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 13. maddeleri gereğince, hastanın yaşamının kurtarılamadığı durumda hekimin görevi, onun son günlerini acı duymadan geçirmesini sağlamaktır. Bu süreçte hekim, hastalığın doğal seyri niteliğindeki ölüm meydana gelene dek diğer bir tıbbi sebeple hastanın yaşamının sona ermesini önlemekle de yükümlüdür.

¹²²⁹ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 106.

¹²³⁰ Özge DEMİRÖRS ve Sevinç ARSLAN-HIZAL 2016, age, s. 1481-1516.

¹²³¹ Henning ROSENAU (2008), “Aktif Ötanazi”, Çev. Ali İhsan Erdağ, *İçinde, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, s. 111.

Bu nedenle, artık yaşama olanağı kalmadığı tıbben belirlenmiş olsa bile hastanın hekim tarafından rızası dışında tedavisi sonlandırılarak ölümüne sebebiyet verilmesi, TCK'nın 83. maddesine istinaden kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunu doğurur. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 13. maddesinde yer alan “Ötanazi yasaktır. ...kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.” hükmünün pasif ötanaziye engel oluşturduğu iddia edilse de Gökcan bu kanaatte değildir. Bizim de kanaatimiz o doğrultudadır. Burada, “hayatına son verilemez” cümlesindeki ifadeyle sözü edilen, kanaatimizce aktif ötanazi konusudur. Pasif ötanazide hastanın hayatına son verilmesi gibi bir şey mevzubahis değildir. Yapılan şey yalnızca, tedaviyi ret hakkı kapsamında, hastaya uygulanmakta olan tedavinin neticelendirilmesidir. Tedaviyi ret hakkının hukuk düzenimizde anayasal ve yasal temellere sahip olduğu düşünülürse, Yönetmelik hükmünün bu üstün normlara aykırı biçimde yorumlanması imkansızdır.¹²³²

Öztürel mealen şunları söylemektedir: Gerçek ötanazi ile ihmal şeklinde husule gelen hekimin fiili arasında bir fark olması gerekir. Hekimin isteyerek ihmal edip etmediği meselesi de ispatı müşkül olan bir meseledir. Böyle bir durumda hekimin suçlu sayılması için kasıtlı bir ihmalin mevcudiyeti lâzımdır. ...Trousse'a göre, ihmali davranışla ölüme sebep olanın, bu neticeyi istediğinin ispatı çetindir. Diğer bir mesele de hastaya yapılacak yardımın belirlenmesinin zorluğudur. Bu güçlüklerin çevrelediği bir durumda hekim sorumlu tutulmamalıdır. İhmal neticesi husule gelen adam öldürme katil kabul edilemez ve fakat bir ilgisizlik olarak vasıflandırılabilir. Lattes, ihmal ile yapılmış bir ötanazinin, hekim olarak basit bir alakasızlık şeklinde nitelendirilmesini kabul etmemekte, ihmal suretiyle hastanın kendi kendine ölüme bırakıldığının kabul etmekte, ihmali davranışın kanıtlanmasının güçlük arz etmediğini ifade etmektedir. Antolisei, hukuki bakımdan ihmali davranışı icrası kanunen zorunlu olan müeyyidelere riayetsizlik olarak tarif ediyor. Bu halde Trousse'un da üzerinde durduğu gayri kabil tedavi hastaya, yardım ve tedavinin yapılmasına devam lüzumu olup olmadığı meselesi ortaya çıkıyor. İhmal kanunen yapılması mecburi olan müeyyidelere riayetsizlik olduğuna, hastanın tedavisi yapılamayacağına göre tedaviye devam etmemek, hastanın ıstırabını teskin etmemek ihmali sayılabilir mi? Hekim hastaya mesleğinin icap ettirdiği yardımı yapmakla mükelleftir. İşte bu yardımda, her şeye rağmen ihmal, ötanaziyi ortaya çıkaracaktır.

¹²³² Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 51-59.

...Carrara, ötanazi şeklinde bir ihmâl suçunun tavsif edilemeyeceği kanaatindedir. Hekimin görev sınırlarının saptanması ne şekilde yapılacaktır? ...Trousse, hekimin vazife hudutları tayinini hâkime bırakıyor ki hekime ait mesleki bir hususu yargıcın bilmesine imkân yoktur. ...Hekimler arasında bile, bazı mesleki kaideler ve kanaatler tartışmalı meseleler şeklinde ortaya çıkmaktadır. Hekimin vazife ve yetki sınırını ancak hekimlerden oluşan bir heyet belirleyebilir. Garçon, hayatı birkaç saat uzatmak için gayri kabili tahammül ağırları kesmek maksadıyla bir hastaya ilâç vermediğinden dolayı hiç kimse hekimi cezalandıramaz demektir. Fransız Ceza Kanunu'nun 63'üncü maddesi "Tehlikede bulunan bir şahsın kurtulması için iradî olarak tedbir almayan şahıs cezalandırılır." demektir ki Lattes bu maddenin kapsamına ihmali davranışla yapılan ötanazinin gireceğini düşünmektedir.¹²³³

Hastanın rızasının bulunması halinde pasif ötanazinin suç olmayacağını savunan görüş sahiplerine göre; hastanın iradesi asıl olduğundan, hastanın tedaviyi veya müdahaleyi reddettiği hallerde, hekimin bu müdahaleyi yapmayarak hastanın ölümünü sağlaması cezalandırılmaz. Çünkü burada hasta otonomisine uyulması söz konusudur. Bu görüşe göre hasta hastaneye gitmeye zorlanamayacağı gibi, hastaneye gitmiş bir hasta da tedavi için zorlanamaz. Hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi sonucunda, hekimin müdahale etmemesi sebebiyle ölmesi halinde pasif ötanazi söz konusu olacaktır.¹²³⁴ Bu görüşü savunan bazı yazarlara göre de TCK'da ilgilinin rızasının düzenlemiş olması ötanaziye yasal bir zemin hazırlamıştır. Bu görüş taraftarı başka bazı yazarlar ise Türkiye tarafından da onaylanan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin (Biyotıp Sözleşmesi)¹²³⁵ iç hukuk düzenlemesi haline geldiğini ve bu sebeple sözleşmenin 5. maddesi gereği olarak, herhangi bir tıbbi müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde rıza göstermesinden sonra yapılabileceğini ve kişinin bu onayını her zaman serbestçe geri alabileceğini kabul etmektedirler. Dolayısıyla hastanın ölümü geciktirecek veya engelleyecek tedaviyi reddetmesinin de mümkün olabileceğini, bu sebeple Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesindeki "tedavi başlamışsa, yaşamı veya yaşamsal önemi

¹²³³ Adnan ÖZTÜREL 1957, age, s. 261-273.

¹²³⁴ Hakan HAKERİ (2011), "Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi", *İçinde, II. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, 13-14 Kasım 2009, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s. 69.

¹²³⁵ TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ (2022), Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (Kanun No: 5013, Kabul Tarihi: 3.12.2003), <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>. ET. 29.06.2022

olan organlardan birisini tehdit eden acil bir durum varsa, rızanın geri alınması mümkün değildir” ifadesinin sözleşmeye aykırı olması sebebiyle uygulanamayacağını belirtmektedirler.¹²³⁶

Tedaviyi ret kapsamına giren hususlar şöyle özetlenebilir: 1) Bilinci açık ve yerinde olan bir hastanın zorla tedavi edilmesi hukuka aykırıdır. Uygulanan yönetime göre, bu durum, insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele (ve diğer kötü muameleler AY m.17/3) veya özel hayata saygı hakkının ihlali manasına gelebilir. Bu anlamda, ölümcül bir tanı konulsa bile hastanın kendisine önerilen bir tedaviyi kabul etmemesi, tedaviye başlanmamasını veya tedavinin sonlandırılmasını talep etmesi tedaviyi ret anlamına gelmektedir, ötanaziyle bir ilgisi yoktur. - 2) Tedavi ihtimali bulunmayan bir hastaya, başarı olasılığı olmayan fakat kısa süreli yaşamda tutmaya yarayacak tıbbi girişimlere başlanmaması ya da başlanmış müdahalenin (respiratörü kapamak, kemoterapi-radyoterapi uygulamasına son vermek, yapay beslenmeye son vermek) nihayet bulması ya da bu duruma eklenen bir hastalığı (terminal dönemdeki kanser hastasının zatürre olması gibi) tedaviye girişmemek ötanazi, hatta pasif ötanazi değildir. Bunlar tedaviyi ret hakkı dahilinde değerlendirilmelidir. - 3) Ölümcül ve tedavisi olmayan hastalığın sebep olduğu tahammül edilemez ıstırap veren ağrıları azaltmak amacıyla kullanılan bazı ilaçlar (morfin, kodein, vb.) yan etki olarak hastanın yaşam süresini kısaltmaktadırlar. Bu ilaçlar, hastanın ıstıraplar içinde kalmasını önlemek gayesiyle tıbben gerekli görülmekte, fakat bir zaman sonra ağrıyı gidermek için gereken yüksek doz solunum zorluğu (hipoventilasyon) meydana getirebilmektedir. Diğer taraftan, bu tip ağrı kesicilerin yaşamı kısaltıcı etkisi olduğu doğru ise de her zaman bu etkiyi göstereceğinin kesin olmadığı, kimi durumda yaşamı uzatıcı etkisinin de olabildiği öne sürülmektedir. Hekim bakımından, hastanın ıstırabını gidermek, bir anlamda hastaya özen borcunun gereği olduğu için bu uygulama aktif ötanazi olarak değerlendirilemez ve öğretilerde sırf tasnif amacıyla dolaylı ötanazi olarak adlandırılmaktadır ki aslında burada ötanazi tabirinin kullanılması doğru değildir.¹²³⁷⁻¹²³⁸⁻¹²³⁹ Gökcan’a göre; bununla birlikte, bu uygulamanın salt hastanın talebine bağlı olmaması, hekimin tıbben gerekliliği mesleki açıdan tespit etmesi de

¹²³⁶ Hakan HAKERİ 2011, age, s. 69.

¹²³⁷ Arın NAMAL 2017, age, s. 12-15.

¹²³⁸ Saibe OKTAY-ÖZDEMİR 2010, age, s. 1330.

¹²³⁹ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 113.

gerekir. Başka bir deyişle, tıbbi gereklilik oluşmadığı halde hastanın vaki talebi hekim tarafından geri çevrilmelidir.¹²⁴⁰

Alman hukukçusu Rosenau; ülkesinde pasif ötanazinin, tıbbi tedavinin hukuken kabul edilmiş bir sınırı olarak kabul edildiğini ve hatta bazı durumlarda zorunlu olduğunu belirtmektedir. Bu ölümün kısa sürede gerçekleşme ihtimali karşısında, hastanın sağlık sorunlarının artık tedavi edilemeyeceğinin anlaşılması ve ölümcül sürece artık dönüşü olmayan bir şekilde girilmesi halinde, yaşamın ölümden önceki son safhasında gündeme gelmektedir. Burada “ölürken yardım” kavramından söz edilmektedir. Bu durumda artık bir hekim tedavisi beklenemeyeceği gibi ölmek üzere olan hastanın da yaşamının uzatılması için teknik olarak mümkün olan bütün olanaklardan faydalanılması gerektiği konusunda bir talebi de olamaz. Mahkeme içtihatlarında bun da ötesinde, hastalık iyileştirilemez bir sürece girmişse, hatta bu halde komadaki hasta birtakım cihaz-alet yardımıyla daha uzun bir süre hayatta tutulabilecek bile olsa “ölürken yardım” kabul edilmektedir. Bu gibi durumlarda, yaşamı uzatan, bilhassa yoğun tıbbi tedbirlere başvurulmayabilir. Örneğin, yapay solunum sonlandırılabilir. Ancak, ölmek üzere olan hastaya uygulanan tedavi bütünüyle kesilmemelidir ve hasta ölüm döşeğinde yapayalnız bırakılmamalıdır. Bu evrede, yaşamda tutmaya ve yaşamı uzatmaya ilişkin tedbirlerin yerini bakım önlemlerini de içeren palyatif tıbbi hizmetler almaktadır. Rosenau, pasif ötanazinin aslında pasif olup olmadığının da tartışmalı olduğunu belirtmektedir. Ona göre; pasif ötanazi durumu çokları tarafından “icrai suretle ihmal” olarak değerlendirilmektedir. Pasif ötanazi kavramı tam bir esrar yumağıdır. Bir kalp-akciğer cihazının kapatılması zehir enjekte etmekten daha az bir aktiflik gerektirmemektedir. Buna karşılık, bir solunum respiratörünün kapatılması fenomenolojik açıdan, bunun salt olarak ifade ettiği anlam, yani pozitif, aktif olarak bir şey yapmak olarak anlaşılırsa, bu durumda bir aktif ötanazinin bulunduğu kuşkusuzdur. Ancak, böyle bir durumun kesinlikle cezalandırılmayacağı hususunda görüş birliği bulunmaktadır.¹²⁴¹ Alman Federal Yüksek Mahkemesi, 25.06.2010 tarihli kararında: “Eğer hastanın gerçek veya farazi rızasına uygun düşüyorsa (Alman Medeni Kanun’u, paragraf 1901a) ve tedavi olmaksızın ölüme yol açan bir hastalık sürecini akışına bırakmaya yarıyorsa, ihmal suretiyle ölüme yardım, başlamış bir tıbbi tedavinin sınırlanması veya sona

¹²⁴⁰ Age, s. 126.

¹²⁴¹ Henning ROSENAU 2008, age, s. 111.

erdirilmesi (tedavinin kesilmesi) hukuka uygundur. Tedavinin kesilmesi hem ihmal suretiyle hem de icrai bir hareketle gerçekleştirilebilir. Bir insanın hayatını hedef alan, tedavinin kesilmesiyle ilgili olmayan müdahaleler, rıza sebebiyle hukuka uygun kabul edilemez.” diyerek ölüme yardım eylemini, hayatta tutma veya hayatın uzatılması bakımından uygun olan bir tedavinin kesilmesi neticesinde ölümcül bir hastalığın kendi seyrine bırakılmasıyla sınırlı tutmuştur.¹²⁴²

Yiğit, pasif ötanazi hususunda, şöyle demektedir: “İslam hukukçularının çoğunluğuna göre hastanın ötanazi talebi olmaksızın, onun yaşamı için gerekli tedaviyi uygulamayan doktor, hastayı öldürme kastının bulunması halinde, kasten adam öldürme suçu işlemiş olarak değerlendirilecek ve kendisine kısas cezası uygulanacaktır. Böyle bir tedaviyi durdurmada hastayı öldürme kastı bulunmayan doktora, kısas değil görevini ihmal nedeniyle diyet cezası uygulanabilir. Ebu Hanife'ye göre ise, dolaylı öldürme olarak değerlendireceğimiz pasif ötanazide, kısas değil diyet gündeme gelmektedir. Ancak hastanın yaşamını sürdürmesi için gerekli tedaviyi, bizzat hastanın ya da kanuni temsilcilerinin isteği üzerine durduran doktorun cezai ve hukuki sorumluluğu söz konusu değildir. Çünkü burada hasta kendi isteği ile tedaviye devam etmek istememiştir ki, bir kimsenin kendisini tedavi ettirip ettirmeme hakkı vardır. Dolayısıyla böyle bir istemin yerine getirilmesi durumunda doktorun hukuki ve cezai açıdan sorumlu tutulmaması doğal bir sonuç olsa gerek. Örneğin diyaliz makinasına bağlı tedaviyle yaşamını sürdüren hastanın böyle bir tedaviye devam etmek istememesi ve cihazdan kurtarılması sonucunda ölmesi durumunda doktorun sorumluluğu yoktur. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi, hastanın kendini tedavi ettirme hakkı olduğu gibi, tedavi ettirmeme hakkı da vardır. Aynı şekilde yoğun bakım cihazına bağlı olarak yaşamını sürdüren, kalp ve solunumunun tamamen durması, bu durumdan geri dönüşün artık imkansız olduğu ve beynin bütün fonksiyonlarının kesin olarak durmuş olduğu ve de beynin çözülmeye başladığı yetkin tabiplerce onandıktan sonra hastanın bağlı olduğu yoğun bakım cihazının kapatılması durumunda da doktorun bir sorumluluğu söz konusu değildir: Çünkü aktarılan örneklerde, hastanın ölümünde doktorun bir kastı ya da ihmal söz konusu olmadığından sorumluluğunun da bulunmaması gerekir. Zira kişinin hukuki ve cezai açıdan sorumluluğu, kendisine kusur isnadı ile mümkündür. Belirtilen şartlar çerçevesinde hastanın yoğun bakım cihazından çekilmesinin caiz olduğu

¹²⁴² Beatrice BRUNHÖBER 2014, age, s. 217-218 ve Dorothea MAGNUS 2014, age, s. 223.

yönünde Diyanet İşleri Başkanlığı, Din İşleri Yüksek Kurulu ve İslam Fıkıh Akademisinin (5 numaralı karar) Fetvası bulunmaktadır.”¹²⁴³

Hakeri’ye göre; pasif ötanazi hastanın rızası olmaksızın, hekim tarafından resen gerçekleştirildiği takdirde hekim, garantör sıfatını taşıması nedeniyle ihmal suretiyle kasten öldürme suçunun faili olacaktır. Bunun dışında pasif ötanazi, hastanın tedaviyi ret hakkını kullanması söz konusu olduğundan cezalandırılmamalıdır.¹²⁴⁴ Bu mevzuda, Gökcan’da aynı kanaattedir.¹²⁴⁵ Pasif ötanazinin hastanın rızası dahilinde uygulanması halinde suç teşkil etmeyeceği hususu Özen ve Ekici Şahin tarafından da desteklenmektedir.¹²⁴⁶

Pasif ötanazinin suç oluşturacağı asıl hal garantör durumunda olan hekimin hastanın arzusu olmadan tedaviyi yarıda bırakması halidir. Gerçekten hekimin tedavide bulunmaması ve bu sebeple ölümün gerçekleşmesi Türk Ceza Kanunu m. 83’ün tipik örneğini oluşturmaktadır. Madde metninde yer alan ifade ile belli bir davranışta (tedavide bulunma) bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden (mesela Hasta Hakları Yönetmeliği) kaynaklanan bir yükümlüğü bulunan hekimin yükümlü olduğu bu icrai davranışı gerçekleştirmemesi halinde meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulması gerekir.¹²⁴⁷ Ertem’e göre; hastanın iradesinin yokluğunda ya da aksi yönde iradesine yani talebine karşın yaşama bağlayıcı tedavinin esirgenmesi, kural olarak ihmal suretiyle öldürme suçuna vücut verecektir.¹²⁴⁸

Demirörs ve Hızal ise pasif ötanazi hususunda aksi kanıdadırlar. Onlara göre; ötanazi tartışmalarının temelinde tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış kişinin kendi rızası doğrultusunda, acı ve ıstıraplarının dindirilerek onurlu bir şekilde yaşamının sonlandırılması düşüncesi yer almaktadır. Onlara göre, burada bahsedilen “onur” kavramının, hasta kişinin yaşamının sonlandırılması ile “onurlu bir ölüm” olarak değil de acı ve ıstıraplarının dindirilerek doğal ölüm anına kadar konforlu bir yaşam sağlanarak “onurlu bir yaşam” olarak anlaşılması gerekir. Tıbbın teknolojik gelişmelere paralel olarak hızla geliştiği bir çağda, tedavisi olmayan hastalıklarda bile hastanın acı ve ıstırapının dindirilmesi ve doğal ölüm anına kadar iyi bir bakım

¹²⁴³ Yaşar YİĞİT 2003, age, s. 337-349.

¹²⁴⁴ Hakan HAKERİ 2015, age, s. 783-791.

¹²⁴⁵ Hasan Tahsin GÖKCAN 2013, age, s. 51-59.

¹²⁴⁶ Muharrem ÖZEN ve Meral EKİCİ-ŞAHİN 2010, age, s. 15-36.

¹²⁴⁷ Ömer ÇELEN 2007, age, s. 51-80.

¹²⁴⁸ Burcu ERTEM 2015, age, s. 605.

ve destekle olabildiğince konforlu bir şekilde yaşamını sürdürülebilmesi mümkündür. Bu amaçla son yıllarda geriatri ve ağrı giderici tedavilerin uygulandığı algoloji alanında çalışmalar yoğunlaştırılmış ve özellikle palyatif bakım klinikleri oluşturulmaya başlanmıştır. Sosyal devlet anlayışı içinde bu tür hastalara gerekli bakımın en iyi koşullar içinde sunulması ayrıca Devletin görevidir. Dolayısıyla özellikle pasif ötanazinin yasal olarak uygulanabilmesi için hukuki düzenlemeler yapılması gerektiğini savunmak yerine ötanazinin uygulanması talebini ortaya çıkarabilecek kötü sosyal ve medikal koşulların düzeltilmesi gerekmektedir. TCK'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında da belirtildiği üzere kişi ancak üzerinde mutlak tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olarak geçerli bir şekilde rızasını açıklayabilir. Yaşam hakkı kişinin üzerinde mutlak tasarrufta bulunabileceği bir hak değildir. Dolayısıyla ilgilinin rızası hem aktif ötanazide hem de pasif ötanazide bir hukuka uygunluk sebebi sayılamaz ve suç oluşur.¹²⁴⁹

Temelde kural olarak hastanın tedaviyi ret hakkını kabul eden görüşlerin, yaşam tehlikesi ile bilincin kapanması gibi kıstaslarla istisna yarattıkları görülmektedir. Bu görüşlerin temel hareket noktası, kişinin kendi yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmayışıdır. Hastanın tedaviyi ret hakkı sınırsız olmayıp; tedaviyi ret hakkının sınırı, acil yaşam tehlikesi durumu ile bilincin kapanması halidir. Böylelikle, kural olarak hastanın otonomisine saygı gösterilerek temel kural olan rıza ilkesine uyulmuş olacak; öte yandan istisnai olarak yaşam tehlikesi ve kişinin bilincinin kapanması halinde kişiye derhal müdahale edilebilecektir.¹²⁵⁰ Soyaslan'a göre; hastanın rızası yoksa tabip müdahale ederek beden üzerinde herhangi bir operasyon yapamaz. Yaparsa suç olur. Anayasa m.17'ye göre, aksi bir duru insanın kendi bedeni üzerinde tasarruf ve kendini geliştirme hakkını kabul etmemek sonucunu doğururdu. Ancak, hasta için yaşamsal bir tehlike (ölüm tehlikesi) ortaya çıkmış ise, tabip ya da hastayı kurtarabilecek herhangi bir kimse müdahale ederek onu ölümden kurtarmak zorundadır (1219 sayılı kanun m.70). Aksi takdirde, tabibin eylemi, ihmali davranışla insan öldürme (TCK m.83), görevi ihmal-görevi kötüye kullanma (TCK m.257) veya yardım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (TCK m.98) suçlarını meydana getirebilir. Söz gelimi, cezaevlerinde açlık grevi yapanlara tabiplerin müdahalesi hükümlü için yaşamsal

¹²⁴⁹ Özge DEMİRÖRS ve Sevinç ARSLAN-HIZAL 2016, age, s. 1481-1516.

¹²⁵⁰ Burcu ERTEM 2015, age, s. 610.

tehlike doğduğu andan itibaren başlamaktadır. Çünkü hayati tehlike ortaya çıkıncaya değin açlık grevi yaparak devletin ceza politikasını protesto etmek bir haktır. Ancak kişinin kendisini öldürme hakkı yoktur. Yaşamak bir görevdir. Açlık grevi yapan kişi ölüm tehlikesinin varlığına karşın tabibe direnirse, bu direnci bertaraf eden tabip ve diğer personel bakımından üçüncü kişi lehine meşru savunma ve zorunluluk hükümleri geçerli olacaktır.¹²⁵¹ Burada, tabip, hasta üzerinde bulunan ve aslında hastaya ait olmayan toplum ve aileye ait yaşamı kurtarmaktadır. Askeri tabipler için hasta askere müdahale aynı zamanda bir görevdir. Çünkü askeri tabip milli savunmanın menfaatini de korumaktadır.¹²⁵²

Ertem'in bu konudaki görüşü ise mealen şöyledir: Umumi olarak tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu açıklayan kuramlar arasında hekimin gözetim yükümlülüğü ve kendi geleceğini belirleme hakkı üzerinden tırmandırılan görünüşte çatışmanın, pasif ötanazi (edilgin ölüme yardım) konusu yönünden de temel kavrama noktasını oluşturduğu söylenebilir. Oysa burada çatışma sadece görünüştedir. Çünkü tabibin gözetim yükümlülüğü sadece tıbbın kendi öz amacı olarak hastaların sağlığının kazandırılması ve böylelikle hastaya tıbbi yönden bakım ve özende bulunma yükümlülüğünden ibaret değildir. Tabip gerek “de lege feranda” gerekse “de lege lata”, küresel toplumun her bir bireyi gibi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine saygı duymak ve birey özerkliğini gözetmek durumundadır. Bireylerin özerkliklerinin ve insan onurlarının korunmasından öte ve üstün bir başka gözetim yükümlülüğü, insan haklarının üstünlüğünü esas alan hukuk sistemlerince yaratılamaz. Pozitif hukukun emir ve yasak normları suretiyle yarattığı eylemde bulunma veya bulunmama yönündeki yükümlülükler, birey özerkliğinin ve insan onurunun sağlanmasına yöneliktir... Hekimin gözetim yükümlülüğü, öncelikle hastanın özerkliğine ve kendi geleceğini belirleme hakkına saygı duymak, sonrasında ise gerekli tıbbi bakım ve özeni göstermektedir. Anılan iki yükümlülükte, hastanın bireysel değerlerini koruma altına almaya özgülendiğinden, hasta kendi en yüksek yararının hangi hukuki değerinin korunmasında olduğunu, re'sen tercih etme hakkına sahiptir.¹²⁵³

V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumunda, Öztürk şöyle bir beyanda bulunmuştur: “Genellikle hasta yakınları, hastasını hekime terk ettikten sonra, daha

¹²⁵¹ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 172.

¹²⁵² Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 366.

¹²⁵³ Burcu ERTEM 2015, age, s. 606-607.

doğrusu getirirken "aman doktor ne lazım gelirse yap, tarlamı satayım, para bulayım" böyle başlar. Aradan üç gün geçer, "doktor vaziyet nasıl?" Aradan bir hafta geçer, "hala bir şey yok mu?" Aradan üç ay geçer, "her halde bu iş olmayacak?" Aradan 6 ay veya belli bir süre geçtikten sonra "doktor bunun bir çaresine baksak mı?" derler. Bunlar hayatın gerçekleridir değerli arkadaşlarım ve Türkiye'de pasif ötenazi son derece yaygındır. Aktif ötenazinin de az önce verdiğim örnek çerçevesinde zaman zaman yapıldığını duymaktayız.¹²⁵⁴ Burada, adeta, bir genellemeye varan ifade söz konusudur ki içeriği ile aynı kanaatte olmadığını belirtmeliyim. Bir ya da birkaç sporadik olgudan hareket ile pasif ötenazinin, ki üstelik burada sözü edilen hastanın rızası olmaksızın uygulanan bir işlem iddiası olup tabipler ve öteki sağlık meslek mensupları camiasında bu tip bir uygulamanın ülkemizde yaygın olduğunu gösteren herhangi bir bilimsel çalışma yoktur. Buna karşılık, ötenazinin yasallaşması hususunda azımsanmayacak oranda bir destek bulunduğu da hakikattir.¹²⁵⁵⁻¹²⁵⁶⁻¹²⁵⁷⁻¹²⁵⁸ Sağlık profesyonellerinin yarıya yakınının ülkemizde belirli durumlarda pasif ötenazinin uygulandığına inanıyor olması, bir kısmının ise hiçbir durumda ötenazinin uygulanmadığını düşünmesi, bu konunun ülkemizde gerçek anlamda tartışılması gerektiğinin bir göstergesidir.¹²⁵⁹

Beyanından, yoğun bakım ünitesinde çalıştığını tahmin ettiğim bir tabip, uygulamada pasif ötenaziye nasıl uyguladıklarını şu şekilde anlatmıştır. "Hastaların başına DNR (Do Not Resuscitate) diye bir yazı asarız. On tane hasta varsa iki tanesinin başında DNR yazar. Akşamki nöbetçilere devrederken deriz ki "bu hastaya bir şey olursa sakın resüsite etmeyin, yeniden canlandırmayın" hastaya DNR demek, hastaya bir nevi pasif ötenazi demektir, yani hastanın solunumu durduğunda hastayı

¹²⁵⁴ Bahri ÖZTÜRK 2008, age, s.104-108.

¹²⁵⁵ Bahadır KUMRAL, Taşkın ÖZDEŞ (2013), "Tekirdağ İlindeki Hekimlerin Ötenaziye Yaklaşımlarının Değerlendirilmesi", *Int J Basic Clin Med*, S. 1 (3), s.150-156, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/89560>. ET. 15.11.2022

¹²⁵⁶ Mustafa AZİZOĞLU (2014), "Hekimlerin Ötenazi Hakkındaki Görüşleri", *Cerrahpaşa Öğrenci Bilimsel Dergisi*, C. 6 (7), <https://cobid.files.wordpress.com/2014/03/arac59ftc4b1rma-hekimlerin-c3b6tenazi-hakkındaki-gc3b6rc3bcc59fleri.pdf>. ET. 15.11.2022

¹²⁵⁷ Aydan AKKURT-YALÇINTÜRK ve Makbule BATMAZ (2018), "Sağlık Profesyonellerinin Ötenazi Hakkındaki Düşünceleri", *Hemşirelik Bilimi Dergisi*, S. 1 (2), s. 23-28.

¹²⁵⁸ "...Beş (%6) hekim daha önce ötenazi talebi ile karşılaşmış olup, talepte bulunan bu hastaların yaş ortalaması 47,4±27,2'dir. Tanıları ise, meme kanseri, kolon kanseri, farinks kanseri, metastaz gelişmiş akciğer kanseri ve kronik böbrek yetmezliği olarak belirtilmiştir. Hekimlerin tümü bu talebi yok saydıklarını ve herhangi bir uygulama yapmadıklarını belirtmişlerdir." Deniz ÇALIŞKAN, Oya ÖZDEMİR ve Recep AKDUR (2003), "Abidinpaşa Sağlık Grup Başkanlığı Bölgesinde Çalışan Hekimlerin Ötenazi Konusunda Bilgi Tutum Davranışları ile İlgili bir Çalışma", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi*, Ankara, S. 11 (2), s. 91-101.

¹²⁵⁹ Aydan AKKURT-YALÇINTÜRK ve Makbule BATMAZ 2018, age, s. 23-28.

respiratöre bağlamamak anlamına geliyor. Fakat hastayı, bir şekilde bunu bilmeyen ya da başındaki yazıyı unutmuşsak ya da bu hastanın ileri evre kanser olduğunu bilmeyen bir doktor varsa orada, hastayı panik halinde resüsite eder, respiratör bağlar ve hastanın solunum desteği geldiğinden itibaren de hasta belki aylarca, 6 ay, 1 yıl yaşayabilir.”¹²⁶⁰ Kanaatimce, eğer, soruyu soran kişi tarafından tam olarak bahsi geçtiği şekilde bir uygulama yapılıyorsa, bu eylem pasif ötanazi olarak kabul edilemez. Burada ihmali davranış ile kasten öldürme suçu olarak nitelendirilebilecek bir durum ile karşı karşıyayız demektir. Hastanın herhangi bir surette rızası alınmış değildir ya da en azından burada rızanın varlığından söz edilmemektedir. Hastanın rızası olmaksızın solunum destek tedavisine başlanmamakta ve hastanın ölüme gidişi sadece izlenmektedir. Oysa, konuşmacı, hasta resüsite edilir ve respiratöre bağlanırsa belki de 6 ay-1 yıl yaşayabilecektir demektir ki buradan bahsi geçen eylemin ihmali davranışla kasten öldürme olduğu gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, kişinin ifadesinden, bu uygulamanın ileri evre kanser hastaları için geçerli olduğunu anlıyoruz ki acaba burada kastedilen beyhude tedavi midir diye bir tereddüt içine de düşüyoruz.¹²⁶¹⁻¹²⁶²

Dünya Tabipler Birliği'nin 1987 tarihli bildirgesinde (39. Genel Kurul'da kabul edildi. Madrid, Ekim-1987); “Bir hastanın yaşamını, kendi ya da çok yakınlarının izni ile de olsa sonlandırmak olan ötanazi etik değildir. Bu hekimi hastalığının son dönemlerinde olan bir hastanın doğal ölüm süreci ile ilgili isteğine hürmet etmekten alıkoymaz.” denilmiştir. Yine Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 tarihli bildirgesinde (44. Genel Kurul'da kabul edilmiştir. Eylül-1992), “Ötanazi gibi,

¹²⁶⁰ Cemil SAVAŞ 2008, Soru-Cevap Kısmı, *İçinde*, Henning ROSENAU 2008, age, s.129.

¹²⁶¹ “...Bazı görüşlere göre, şifaya kavuşturulması mümkün olmayan hastalarda, tıbbi müdahaleye girişilmemesi ya da kesilmesi bakımından esasen genel ilkeler geçerli olup, tıbbi endikasyonun bulunmaması belirleyici olmalıdır. Müdahalenin endikasyonu yoksa ya da somut durumda etkisiz, başarısız ve anlamsız olacağı düşünülmekte ise, hekim müdahalede bulunmama yönünde karar verebilir. Prognozu iyi olmayan, ölüm sürecinin artık durdurulamaz olduğu ve ileri yoğun bakım uygulamaları ile sadece bu sürecin uzatıldığı haller böyle durumları teşkil etmektedir. Hekimin bu durumda örneğin hastayı yoğun bakıma sevk etmeyebileceği, başlanmış bir kemoterapi ya da radyoterapiyi kesebileceği, ventilatörü kapatabileceği, araya giren bir enfeksiyonu tedavi etmeyebileceği dile getirilmektedir.” Arın NAMAL 2017, age, s. 14.

¹²⁶² “...İnsan onuruyla bağdaşmayan anlamsız bir tedavinin tıbbın teknik imkanları sayesinde sürdürüldüğü noktada, hekimin garantör olarak tıbbi yardımda bulunma yükümlülüğünün de sona erdiği kabul edilmektedir. Teknik cihazların ve ilaçların kullanımı sayesinde, ölmek üzere olan bir kimsenin yaşamının uzatılmaya çalışılması bir yükümlülük haline getirilmemelidir. Çünkü, ölüme pasif yardım olguları suç teşkil etmediği gibi, hekim, modern tıbbın kendisine sunduğu imkanlara dayanarak, doğal ölümü acılar içinde yaşanacak onursuz ve belirsiz bir sürece çevirmemelidir. Buna karşın, açık bir irade beyanında bulunamayacak bilinci kapalı hastalarda henüz oturmamış olan bir ölüm süreci söz konusu ise genel olarak, hastanın daha önceden tedaviyi reddettiği bilinmiyorsa, bu olgularda hayat lehine tercih kullanılmalıdır.” Michael MEMMER 2002, age, s. 51-59.

hekim yardımlı intihar da etik değildir ve tıp mesleğinde olanlarca asla uygulanmamalıdır. Hekimin, bir kimseye yaşamını sona erdirmekte bilerek ve kararlı olarak yardım etmesi etik değildir. Ancak hastanın tedaviyi reddetmesi temel bir haktır ve hekimin hastanın bu arzusunun hürmet etmesi (ölümüne neden olsa bile) etik olmayan bir davranış sayılmaz.” denilmektedir.¹²⁶³

Bu bakımdan, her ne kadar, hastanın talebi üzerine pasif olarak ölümüne yardım suç olarak kabul edilmiyor olsa da bu talebin öncelikle hastadan gelmesi şartına bağlı olmalıdır. Buna karşın hastanın, zihninde tedavinin kesilerek ölümünün çabuklaştırılması — öne alınması gibi bir düşünce yok iken, hekim tarafından böyle bir ihmalin hastaya hatırlatılması TCK m. 84’te aranan maddi unsurun oluşturan alternatif hareketlerden “başkasını intihara azmettirme” fiilini oluşturur ki, bu hatırlatma sonrası hasta tedaviyi ret hakkını özgür iradesi ile kullanmış dahi olsa hekimin sorumluluğunu gerektirir. Hekimin, alternatif yollar içerisinde ölümü gösterme hak ve yetkisi yoktur. Etik olmayan bu tip bir hareketin, doktrinde, hiç intihar düşüncesi olmayan mağdurda intihar düşüncesini uyandırmak olarak tanımlanan intihara azmettirme olarak kabulünün kıyas yasağı kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyim. ...Unutulmaması gerekir ki hekimin görevi hastayı yaşatmaktır. Hastayı yaşatmaya yönelik her tür alternatifleri kendisine göstermek, sunmak zorundadır. Ancak hastaya alternatif tedavi yöntemi olarak ötanaziyi öneremez. Zira ölüm bir tedavi şekli değildir. Aklında ölüm olmayan bir kişide ölme fikrini ortaya çıkarmak intihara yönlendirme suçunun alternatif unsurlarından biri olan azmettirmenin tipik şeklini oluşturmaktadır. Bu suçun oluşması için sadece azmettirme hareketinin yapılması yeterlidir. Kişinin intihar ederek ölmüş olması gerekmez. Yani hastanın hiçbir talebi yokken, hekim tarafından pasif ötanazinin önerilmesi halinde hekimin, Türk Ceza Kanunu’nun 84. maddesinden sorumlu tutulması sonucu doğabilecektir.¹²⁶⁴

Ötanazi, hukukçular arasında olduğu kadar hekimler arasında da şüpheyle karşılanmakta ve Dünya Tabipler Birliği’nin yaptığı çeşitli toplantılarda ötanaziyi reddeden bildirimler yayınlanmaktadır. Örneğin, Dünya Tabipler Birliği’nin 1987 yılında Madrid’de kabul ettiği “Ötanazi Bildirgesi”ne göre, “Bir hastanın yaşamını, kendi ya da çok yakınlarının izniyle de olsa sonlandırmak anlamına gelen ötanazi

¹²⁶³ TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ (2022), Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, https://www.ttb.org.tr/kutuphane/uluslararasi_belgeler.pdf. ET. 13.07.2022

¹²⁶⁴ Ömer ÇELEN 2007, age, s. 51-80.

etik değildir.” 1992 yılında yayınlanan Lizbon bildirisine göre de: “Ötanazi gibi, hekim yardımlı intihar da etik değildir ve tıp mesleğinde olanlarca asla uygulanmamalıdır. Hekimin, bir kimseye yaşamını sona erdirmekte bilerek ve kararlı olarak yardım etmesi etik değildir.” Dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlanan bildirilerde ötanazi kesin olarak reddedilmekle birlikte, hastanın kendi geleceğini belirleme ve tedaviyi ret hakkı tanınmaktadır. Örneğin, ötanazi ve hekim yardımlı intiharın kesin olarak reddedildiği Lizbon bildirisinde hastanın tedaviyi reddetmesinin temel bir hak olduğu vurgulanarak hekimin hastanın bu arzusuna uymak zorunda olduğu belirtilmiştir. Hastanın tedaviyi ret kararı, onun ölümüne yol açacak olsa bile hekim bu karara saygı göstermek zorundadır. Hastanın kararına saygı göstererek tedaviyi yarıda kesen hekimin davranışının etik kurallara uygun olduğu kabul edilir. Hastanın tıbbi müdahaleyi reddetme veya tedaviyi yarıda kesme hakkı, 1987 tarihli Madrid Ötanazi Bildirgesi ve 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesinde de vurgulanmıştır. Madrid bildirgesine göre: “Bir hastanın yaşamını kendi ya da çok yakınlarının izni ile de olsa sonlandırmak olan ötanazi etik değildir. Ancak bu, hekimi, hastalığının son dönemlerinde olan hastanın doğal ölüm süreci ile ilgili isteğine saygı göstermekten alıkoymaz.”¹²⁶⁵ Ertem’e göre; pasif ötanazi (edilgin ölüme yardım) ifadesi aslında hiç de ölüme yardım değildir. Aksine burada yardım etmeme durumu söz konusudur. Öyle ki, kendi yararını, yaşamsal manada zorunlu da olsa tedavinin gerçekleştirilmesinde görmeyen hasta, gölge etmeyin başka ihsan istemem, demektedir. Hasta böyle demektedir; çünkü hastalığa bağlı acı ve ıstıraplarını tümüyle giderebilecek bir palyatif tedavi metodu olmamasına karşın, mevcut tedavinin yaşam sürecini uzattığı ve fakat acı çekme süresini ve şiddetini arttırdığı hallerde; doğrudan huzur içinde ölme yardımını alma hakkı “de lege lata” tanınmayan hastanın “de facto” olarak bu acı ve ıstıraptan kurtulmak için başkaca bir seçeneği yoktur.¹²⁶⁶

3.3.3.6 Ara Değerlendirme

5237 Sayılı hali hazırda yürürlükte bulunan Türk Ceza Kanunu’nda ötanazi ile ilgili açık ve özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Türk Ceza Kanunu’nun kabul edilmesinden önce hazırlanan 1989, 1997 ve 2003 yıllarına ait

¹²⁶⁵ Muharrem ÖZEN ve Meral EKİCİ-ŞAHİN 2010, age, s. 15-36.

¹²⁶⁶ Burcu ERTEM 2015, age, s. 607-608.

Türk Ceza Kanunu tasarılarında ötanazi ile ilgili düzenlemelerin karşımıza çıktığını görmek mümkündür. Bu göstermektedir ki; kanuni olarak kabul edilmese de ötanazi hukuki ve cezai anlamda uzun yıllardan beri ülkemizde tartışmalara konu olmuştur. 2003 tarihli TCK tasarısının 140. maddesinde acıyı dindirme saiki başlığıyla: “İyileşmesi olanağı bulunmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş olan bir kimsenin, bilincinin ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ızdıraplarına son vermek amacıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir” hükmüne yer verilmişti. Madde gerekçesinde ise, burada doktorlar tarafından gerçekleştirilen ötanazinin değil, yalnızca insancıl nitelikteki kast dikkate alınarak adam öldürmenin özel bir şeklinin düzenlendiği belirtilmekteydi.¹²⁶⁷ Ötanaziye genellikle tıbbi konuların yer aldığı düzenlemelerde ve uluslararası sözleşmelerde yer verilmiş olması, faillik bakımından fiilin hekimlere özgü bir suç olarak kabul edilmesi sonucunu doğuracak olsa da gerek 1997 tasarısında gerekse 2003 tasarısında kavram ile ilgili suç tipinin düzenlenmek istendiği madde metninde “hekim” değil "kimse" tabirinin kullanılması sebebiyle hekim olmayan kimselerin de bu suçun faili olabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu durumda ise "örneğin, doktorların kurtulma ümidi olmadığı yönünde fikir beyan ettikleri annesini, onun talebi üzerine öldüren kimseye de bu suç tipinin uygulanması gerekecektir. Hukukumuzda sadece yasak olduğu yönünde bir düzenlemesi bulunan ötanazi kavramının uygulama alanı, ancak ceza kanunları tarafından bir düzenlemeye tabi tutulduğu zaman açıklığa kavuşabilecektir.¹²⁶⁸

Ancak, eğer ötanazi ile ilgili madde yasalasaydı kanaatimizce gerekçede aksi belirtilmiş olsa bile, ötanaziyi de bu madde bağlamında değerlendirmeye mâni bir neden bulunmayacaktı. Ancak, TCK tasarılarında yer alan bu düzenlemeler kanun koyucu tarafından benimsenmemiş ve acı dindirme saikiyle hareket eden hekimin adam öldürme suçuna oranla daha az bir cezayla cezalandırılmasının yolunu açacak düzenlemelere 5237 sayılı TCK’da yer verilmemiştir. Özen ve Ekici-Şahin’e göre; hiç kimse, acı dolu bir yaşama mecbur bırakılmamalıdır. Hastanın, kısa ama acısız bir yaşamı, uzun ve acı dolu bir yaşama tercih etmesi saygıyla karşılanmalıdır. Çünkü yaşam kişinin ne olursa olsun yerine getirmesi gereken bir ödev değildir.

¹²⁶⁷ Muharrem ÖZEN ve Meral EKİCİ-ŞAHİN 2010, age, s. 15-36.

¹²⁶⁸ Ömer ÇELEN 2007, age, s. 51-80.

Herkesin onurlu bir yaşam sürme hakkı vardır. Özen ve Ekici-Şahin'in kanaatine göre; kişinin tedaviyi ret hakkı bağlamında değerlendirilmesi gereken pasif ötanazinin uygulanmasında da yasal bir engel bulunmamaktadır. Ölümün doğal gerçekleşme sürecini geciktiren tedbirlerin hastanın talebi üzerine geri bırakılması veya yarıda kesilmesi anlamına gelen "pasif ötanazi" hastanın tedaviyi ret hakkı kapsamında değerlendirilmeli ve bu gibi durumlarda hekimin cezalandırılması düşünülmemelidir.¹²⁶⁹ Uygulamada, hastanın son günlerini kendi evinde yakınlarıyla birlikte geçirmesi amacıyla ve genelde tamamen iyiniyetli olarak eve gönderme şeklinde uygulanan bu hareket asıl olarak pasif ötanaziyi oluşturmaktadır.¹²⁷⁰

Günümüzde gerek ülkemizde gerekse dünyada hastanın tedaviyi ret hakkı kapsamında ve rızası doğrultusunda pasif ötanazinin uygulanması halinde hekimin cezalandırılmaması gerektiği görüşü yoğun bir biçimde tartışılmakta ve hatırı sayılır derecede taraftar bulmaktadır. Hatta Hollanda ve Belçika gibi bazı ülkelerde bu konuda yasal düzenlemeler yapılmış durumdadır. Bu konuda aksi yönde görüşe sahip olan Demirörs ve Arslan-Hızal'a göre; istismara açık bir kavram olması sebebiyle konuya hassasiyetle yaklaşılması gerekmektedir. Bu yönde pozitif bir düzenlemenin yapılması halinde bile pasif ötanazi uygulamasının çok sıkı şekil şartlarına bağlı olması gerekeceği açıktır. Özellikle tıbbi gelişmelerin çok hızlı bir şekilde yaşandığı bir çağda "tedavisi mümkün olmayan hastalık" kavramının güncel bilgiler ışığında yeniden ele alınması gerekecektir. Bununla birlikte yanlış tanı konulması ihtimalinin de yok sayılamayacağı bilimsel gerçekliği göz ardı edilmemelidir. Ayrıca hastanın hastalığının da verdiği psikolojik etkiyle böyle bir karar vermesi halinde, bu kararın gerçek iradesini yansıtmıyorsa tespit edebilmek çok kolay olmayacaktır.¹²⁷¹

Türk hukukunda resüsitasyon uygulamasının sınırlandırılması veya geri çekilmesi ile ilgili bir bölüm olmamasına karşın tedaviyi reddetme hakkının mevcut olup olmadığı veya ne ölçü de var olduğu ve bu hak varsa kimler tarafından kullanılabilmesi sorularının ele alındığı ötanazi konusunda yer almaktadır. Hekimin ümitsiz hastalara karşı olan görevinin sınırları ve niteliği nelerdir? Hekim ölmek isteyen hastasının arzularına uymalı mıdır? Elbette kişinin kendi akıbetini kendisinin belirleme hakkı vardır. Bu hak karşısında yaşamı sürdürücü araçların kullanılması

¹²⁶⁹ Muharrem ÖZEN ve Meral EKİCİ-ŞAHİN 2010, age, s. 15-36.

¹²⁷⁰ Ömer ÇELEN 2007, age, s. 51-80.

¹²⁷¹ Özge DEMİRÖRS ve Sevinç ARSLAN-HIZAL 2016, age, s. 1481-1516.

hastanın bu hakkının bertaraf edilmesini haklı kılar mı?¹²⁷² Genel kanaat; aklen sağlıklı, bilincine sahip hasta herhangi bir tedaviyi reddedebileceği gibi, yaşamı sürdürücü tedaviyi de kabul etmeyebilir. Eğer hasta karar verme yetisine sahip değilse, bu hallerde rıza, hukuken ehliyetsiz hasta adına hukuken ehliyetli yetkili kılınmış kişiden alınmalıdır. Hasta ehliyetsiz hale düşmeden bu hususta bir vekil tayin etmişse rıza o kişiden alınır.¹²⁷³

Bu konuda kanaatim, günümüzde, “pasif ötanazi” veya “edilgin ölüme yardım” tabirlerinin kullanılmasının yanıltıcı olduğu yönündedir. Bahsi geçen uygulama, bir ölüme yardım veya eşlik etme şekli değildir. Hastanın iradesi uyarınca, yaşamı yapay olarak sürdüren, ölüm sürecini ve dolayısıyla çoğu zaman bu sürece bağlı çekilen acı ve ıstırapı uzatan tıbbi tedbirlerin uygulanmaması durumudur. Bu itibarla, “hayatı uzatıcı nitelikte tıbbi müdahalelerden imtina edilmesi” kavramının kullanılması tavsiye edilebilir.

Esas konu, edilgin -iradi- ölüme yardım açısından, tedaviyi ret hakkının sınırlandırılıp, sınırlandırılmayacağı meselesine gelip dayanır. Unutulmamalıdır ki tedaviyi ret hakkının sınırlandırılması, özerklik hakkının ihlali ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının da sınırlandırılması anlamına gelecektir. Öte yandan, tedaviyi ret hakkının sınırlandırılması, beraberinde zorla tıbbi tedaviyi getireceği için zorla tıbbi tedavi de doğrudan insan onurunun ihlali sonucunu doğurur.¹²⁷⁴

Türkiye’de doğrudan doğruya “ötanazi” konusunu veya “CPR/DNR” konusunu düzenleyen herhangi bir mevzuat yoktur. Bu durum, ciddi belirsizliklere, etik ve hukuki önemli ikilemlere yol açmaktadır. Belirli bir yasal düzenlemenin olmadığı ülkemizde, hastanelerde çeşitli ana bilim dallarına (tıp tarihi ve etik, anesteziyoloji, cerrahi, nöroloji, kardiyoloji, dahiliye ve diğer) danışılarak bu soruna çözüm aranmaktadır. Gerek pasif ötanazi gerekse DNR ile ilgili irade beyanı içeren talimatların hazırlanmasında hastaların veya duruma göre hasta yakınlarının bu karara aktif katılımının sağlanması gerekir. Bu önemli konunun hekimler, etik ve hukuk uzmanları tarafından bütün yönleriyle (tıbbi, ahlaki, dini, sosyal ve diğer) ele alınarak gerekli temel ilkeler ortaya konulmalı ve yasa koyucu tarafından bunlar göz önünde tutulmak suretiyle konuya kanuni bir çerçeve çizilmelidir.

¹²⁷² Engin BAŞTÜRK 2003, age, s. 12-21.

¹²⁷³ Sulhi DÖNMEZER (1995), *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*. 14. baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, s. 31, *Aktaran* Engin BAŞTÜRK 2003, age, s. 12-21

¹²⁷⁴ Burcu ERTEM 2015, age, s. 608.

Belirlenen tıbbi ve hukuki kriterler kapsamında DNR ya da “Doğal Ölüme İzin Ver” (AND: Allow Natural Death) talimatları kabul edilmeli, hekimin hukuki sorumluluğu söz konusu olmamalıdır.¹²⁷⁵

Kanaatimizce, ötanazi ve onunla yakın ilişkili bir mevzu olan CPR (Cardiopulmonary Resuscitation) ve DNR (Do-Not- Resuscitate) konusunda, güncel tıbbi kriterler uyarınca hekimlere yol gösteren bir kılavuz hazırlanmadığı ve hukuki belirsizlikler giderilmediği sürece, zaten pasif ötanazi konusunda çeşitli tereddütler devam ederken, ötanaziden farklı değerlendirilmesi gereken DNR talimatını uygulayan bir hekim pasif ötanazi uyguladığı iddiası ile de hukuki sorunlar yaşayabilecektir.

3.3.4 Terk (TCK m.97)

3.3.4.1 TCK m.97 Hakkında Genel Mülâhaza

Terk suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlâli” başlıklı Dördüncü Bölümünün, “terk” başlıklı 97. Maddesinde düzenlenmiştir.¹²⁷⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 97. Maddesinin birinci fıkrasında, Yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk eden kişinin, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.¹²⁷⁷

Özgenç'e göre; terk suçu da TCK'da bir görünüşte ihmali suç olarak tanımlanmıştır (m.97).¹²⁷⁸ Çünkü, bu suç, madde gerekçesinde açıkça ifade edildiği gibi, ancak bakım ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan, yani teminat yükümlüsü olan (garantör) tarafından işlenebilir.¹²⁷⁹ Erbaş, bu hususta şöyle demektedir: “Bugün Türk öğretisindeki ağırlıklı görüşün aksine terk suçunun bir gerçek ihmali suç olmadığı, görünüşte ihmali suç olduğu kanaatindeyiz.”¹²⁸⁰ Soyaslan da kendini idare

¹²⁷⁵ Fulya İLİÇİN-GÖNENÇ 2015, age, s. 50-51.

¹²⁷⁶ Özlem YENERER-ÇAKMUT (2003), “Türk Ceza Yasasında Terk Suçu (TCK m.97)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXV, S. 2, s. 49-76.

¹²⁷⁷ Suat ÇALIŞKAN (2022), “Terk Suçu”, *Hukuki Haber*, <https://www.hukukihaber.net/terk-sucu-makale.6785.html>. E.T. 03.04.2022

¹²⁷⁸ İzzet ÖZGENÇ 2018, age, s. 408.

¹²⁷⁹ İzzet ÖZGENÇ 2021a, age, S. 4, s. 303-378.

¹²⁸⁰ Rahime ERBAŞ 2019b, age, s. 140.

edemeyen kişinin terki (m.97) suçunu ihmal suretiyle icra suçları arasında saymıştır.¹²⁸¹

Terk suçunun (TCK md. 97), terk etmek şeklindeki suçun fiil unsurunun gerçekleştiriliş biçimi ile ilgili öğretide görüş ayrılıkları mevcuttur. Ancak ağırlıklı savunulan görüşe göre, terk suçu hem icrai davranış hem de ihmali davranış ile işlenebilir. Söz gelimi kişinin evde bebeği aç iken yerinden kalkarak onu emzirmemesi ihmali davranışla terk; annenin bebeğini alıp ıssız bir yere bırakması icrai davranışla terk olarak değerlendirilmektedir.¹²⁸²

Bununla birlikte, Yargıtay, bu suçu bir gerçek ihmali suç olarak addetmektedir.¹²⁸³⁻¹²⁸⁴

¹²⁸¹ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 260.

¹²⁸² Özlem YENERER-ÇAKMUT 2007, age, s. 49-76.

¹²⁸³ “Türk Ceza Kanunu’nun 97. maddesinde düzenlenen terk suçunun birinci fıkrasında, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi hâline terk etmek suç olarak tanımlanmış, terk olgusu bağımsız bir suç olarak kabul edilmiştir. Suçun mağduru, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimse, faili ise, bu kimseler üzerinde kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan koruma ve gözetim yükümlülüğü yüklenen kişilerdir. Yükümlülüğün kanundan kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespitite, 6284 sayılı Ailenin Korunmasına ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu başta olmak üzere ilgili kanunlardan yararlanılırken, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün belirlenmesinde, sözleşmenin kapsamı ve içeriği esas alınır. Sözleşme şekle bağlı değildir. Yazılı ya da sözlü olabileceği gibi götüllü üstlenme şeklinde fiili durumdan da kaynaklanabilir. Hekim, hemşire, hasta bakıcı, çocuk/bebek bakıcısı, hizmetçi, gezi rehberi, öğretmen gibi kişiler, sözleşmenin içeriğine göre koruma ve gözetim yükümlüsü sayılabilir.

Bu suçla korunan hukuki değer, insanın yaşama ve vücut bütünlüğü hakkının yanı sıra koruma ve gözetim yükümlülüğü olan kişilerin bu görevlerini yerine getirmelerinin sağlanması ve bu sayede ortaya çıkacak sosyal fayda düşüncesidir.

Suçun maddi unsuru yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan mağdurun “kendi haline terk edilmesidir”. Suç bağlamında “kendi haline terk”, failin, mağdurla olan fiili ilişkisini geçici ya da sürekli şekilde kesmesi ve mağduru egemenlik alanının dışına çıkarması, bu bağlamda kendi haline bırakmasıdır. Bu suç “kendi haline terk” gerçekleştiği anda tamamlanır. Terk süresi uzun veya kısa olabilir. Burada önem taşıyan husus, terk süresinin mağdur için tehlike yaratma hususunda yeterli olup olmadığıdır. Kişinin kendi haline terk edilmesi, koruma ve gözetim altında bulunanın, bu yükümlülüğü üstlenmiş olan kişi tarafından herhangi bir yerde korumadan yoksun hale getirilmesidir.

Terk fiilinin, fail dışında, koruma ve gözetim yükümlülüğünü üstlenebilecek durumda olan ve bu iradeyi taşıyan kişilerin inisiyatif kullanabilecekleri biçimde ve ortamda gerçekleştirilmesi halinde bu suç oluşmaz.

Suçun oluşumu için, failin mağduru, koruma ve gözetim yükümlülüğü üstlenebilecek durumdaki bir kişi veya kurumun kontrolüne bırakmaksızın “mağduru kendi haline terk” fiilini gerçekleştirilmesi veya terk anı itibarıyla bu yükümlülüklerin kim tarafından taşınacağı belirsiz olması gerekir.

Terk suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Faildeki saikin önemi yoktur. Fail yaşı, hastalığı dolayısıyla kendisini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle yasa, sözleşme, doğal bağıllık ilişkisi veya fiili bir nedenden dolayı koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişiyi terk etme bilinç ve iradesiyle hareket etmelidir. Başka bir deyişle fail, “kendi haline terk” eyleminden doğacak neticeyi bilmeli ve istemelidir.

Mağdurun kendi haline terk edilmesi, icrai ya da ihmali davranışla gerçekleştirilebilir. Terk suçu, gerçek ihmali suçtur ve kanunda tarif edilen belli bir emredici davranışın (terk etmeme) kasten yerine getirilmemesi ile oluşur.” Y4CD, E: 2016/5394, K: 2016/9879, T: 12.05.2016: Kazancihukuk.com,

Tarihin eski dönemlerinde bazı devletlerde, örneğin Eski Yunan ve Roma'da, çocuğun terkinin suç sayılmadığı ve bu fiili işleyenlerin cezalandırılmadığı, hatta aile reisinin, idare ettiği grubun içinden istediği kişiyi çıkartarak çocukları üzerinde de tasarruf etme yetkisine sahip bulunduğu o günün kaynaklarından bugüne aktarılmaktadır. Uzun zaman süreci içinde terk suçunun sadece çocuklara karşı işlenebileceğinin kabul edilirken günümüzde bu suçun mağduru kavramı genişlemiş ve çocukların yanında koruma ve gözetime muhtaç kişilerin kendi haline bırakılması durumunda da terk suçunun oluşacağı kabul edilmiştir.¹²⁸⁵

Terk suçu, 765 sayılı Türk Ceza Yasasında "Şahıslara Karşı Cürümler" başlıklı dokuzuncu babda, "Çocukları veya Kendilerini İdareye Muktedir Olmayanları veya Tehlikede Bulunanları Kendi Haline Terketmek Cürümleri başlıklı "beşinci fasıl" da m.473'te tanımlanmıştır. Bu hükme göre;

"Her kim muhafazası kendisine ait olan on iki yaşından aşağı bir sabiyi veya müptelâ olduğu akıl veya beden hastalığından dolayı kendisini idare edemeyen bir kimseyi kasten kendi başına terkeder ise üç aydan otuz aya kadar hapse mahkûm olur. Eğer bu terk filinden o kimsenin vücuduna veya sıhhatına büyük bir zarar gelmiş veya akli teşevvüğe uğramış ise failin cezası beş seneye ve telef vukua gelmiş ise on seneye kadar ağır hapistir".

Terk suçunun ağırlatıcı halleri 765 sayılı TCK m.474'te düzenlenmiştir:

"Aşağıda gösterilen hallerden biri varsa yukarıki maddede yazılı cezalar üçte bir miktarı çoğaltılır. Bu haller: 1- Terkolunan mahallin insandan hâli bulunması, 2-Bir şahsın kendi meşru evlâdını veya kendinden olduğunu ikrar eylediği çocuğunu veya evlâtlığa kabul ettiği bir çocuğu veya bunların o kimseyi terketmiş olmasıdır"

Bu suça özgü hafifletici neden ise 765 sayılı TCK m.475'te yer almaktadır.

Bu hükme göre;

"Yukarıdaki maddelerde gösterilen terk fiilleri kendisinin veya karısının veya anasının veya evlât ve ahfadının veya kız kardeşinin namusunu kurtarmak için

<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeXPz1EHy u4mPg~~&=0.8064926872542468>. ET. 06.10.2022

¹²⁸⁴ "Fail mağduru koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kişi ise, bu durumda terk suçundan söz edilebilir. Failin neticeyi önleme konusunda hukuki bir yükümlülüğü mevcut ise yükümlülüklerle aykırı davranışların, diğer şartların da mevcut olması halinde 83. maddede düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ya da 88. maddede düzenlenen kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekir." Y4CD, E: 2014/34362, K: 2015/40853, T: 25.12.2015: Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeXnsirQaO ABsw~~&=0.958430634193224>. ET. 06.10.2022

¹²⁸⁵ Özlem YENERER-ÇAKMUT 2007, age, s. 49-76.

doğumundan henüz beş gün geçmemiş gayrimeşru bir çocuk aleyhine işlenmiş olursa fail hakkında mezkûr maddelerde yazılı cezalar altıda birden üçte bire kadar indirilir".¹²⁸⁶

Buna karşılık, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nda terk suçu, "kişilere karşı suçlar" başlıklı ikinci kısımda, "koruma, gözetim, yardım veya bildirim yükümlülüğünün ihlali" başlıklı dördüncü bölüm m.97'de şöyle tanımlanmıştır:

"(1) Yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunur."¹²⁸⁷

TCK Madde 97 Gerekçesi:

"Madde metninde terk suçu tanımlanmıştır. Suçun konusu, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimselerdir. Suçun faili ise, bu kimseler üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi olabilir. Söz konusu suç, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimseyi kendi hâline terk etmekle oluşur. Bu terk olgusu, bir bebeğin cami avlusu gibi belli bir mahale götürülüp bırakılması gibi icrai davranışla gerçekleştirilebilir. Keza, bu suç, ihmali davranışla da işlenebilir. Örneğin ileri yaşta bulunan veya hasta bir kişi ya da bir bebek evde kendi hâline terk edilerek tatile çıkılması hâlinde, koruma ve gözetimden yoksun bırakılabilirler. Maddenin birinci fıkrasında, başlı başına bu terk olgusu bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasına göre; terk edilen kişinin bir hastalığa yakalanması, yaralanması veya ölmesi hâlinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunacaktır. Bu durumda dikkat edilmelidir ki, failin meydana gelen ağır ve başka neticeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice açısından en azından taksirinin bulunması gerekir. Fakat, bu madde kapsamında söz konusu edilen terk olgusu hâlinde, meydana gelen netice açısından failin çoğu zaman muhtemel kastla hareket ettiğini göz önünde bulundurmak gerekir."¹²⁸⁸⁻¹²⁸⁹

TCK'da yapılan bu düzenleme eskisine paralel yönler taşımakla birlikte, eski kanunda terk suçunun çocuklar bakımından 12 yaş sınırı olduğu ifade edilmelidir. Yeni kanun ise kriter olarak yaştan ziyade kişinin kendisini idare edememesini kabul

¹²⁸⁶ Age, s. 49-76.

¹²⁸⁷ Age, s. 49-76.

¹²⁸⁸ TÜRK HUKUK SİTESİ (2022b), Madde Gerekçesi, <https://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=1178>. ET. 03.04.2022

¹²⁸⁹ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 248-253.

etmiştir. Yeni kanundaki önemli bir değişiklik de 765 sayılı TCK'da yer alan yeni doğmuş gayrimeşru çocukların terk edilmesi halinde cezada indirim öngören düzenlemenin 5237 sayılı TCK'da yer almamasıdır.¹²⁹⁰

Bu suçun himaye ettiği değerini kişiyi oluşturur. Kanun, kişinin vücudunu, sıhhat ve güvenliğini korumak istemiştir. Medeni bir toplumda yaşayan insanın görevlerinden birisi de zayıfları korumak ve onlara yardım etmektir. Bunun için ceza kanunu bir yandan bakmak ve muhafaza etmekle esasen hukuken yükümlü olanlardan bu görevi yerine getirmelerini beklemiş, diğer yandan ise herkes için, tehlikede olanlara yardım etme görevi getirmiş ve bunun ihlali halinde de faili cezalandırmıştır. Gerçekten TCK m.97'de küçük ve ihtiyarlar, akli ve beden hastalarının terkleri, TCK m.98'de ise tehlikede olanlara yardım etmeme cezalandırılmıştır. Her iki suçta da amaç, belli şahısların vücut dokunulmazlıklarının korunmasıdır. Bu nedenle söz konusu suçlar kişiye karşı suçlar arasında yer almıştır.¹²⁹¹ Gelişen toplum yapısı ile birlikte büyük ailelerin parçalanması ve çekirdek aile dediğimiz tipinin yaygınlaşması söz konusudur. Bu durum çoğunlukla anne ve babalar ve daha yaşlı aile büyüklerinin çoğu zaman yalnız bırakılmasına, kaderlerine terk edilmesine yol açmaktadır. Çalışma hayatının yoğunluğu, kişilerin bakım sorumluluklarını tam olarak yerine getirememelerine sebebiyet vermektedir. Ancak hukuki olarak bakımla yükümlü olan kişilerin korunması açısından yasal bir zorunluluk getirilerek güvence sağlanmak istenmiştir.¹²⁹²

Yaş ve hastalık dışında TCK m.233/2'de hamile kadının terkedilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Bu hükmün TCK m.97'ye göre özel hüküm niteliğinde olduğu ifade edilmelidir.¹²⁹³

3.3.4.2 Suçla Korunan Hukuksal Yarar

Bu suçla korunan öncelikli hukuksal yarar, suçun konusunu (ve mağdurunu) oluşturan kişilerin, yaşamlarına, beden bütünlüklerine ve ruh ile beden sağlıklarına yönelik tehlikelere maruz kalmalarını önlemektir. Başka bir deyişle, kanun koyucu bu eylemleri suç sayarak kendini idare edemeyecek kişilerin vücut bütünlüklerini ve

¹²⁹⁰ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ 2019, age, s. 295-299.

¹²⁹¹ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 231.

¹²⁹² Gökhan TANERİ 2014, age, s. 248-253.

¹²⁹³ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ 2019, age, s. 295-299.

yaşam haklarını korumayı amaçlamaktadır.¹²⁹⁴ Suçla korunan hukuki değer, genel olarak toplum huzur ve sükunu, toplumsal dayanışmanın sağlanması, aile birliğinin korunması ve ayrıca insan onurunun korunmasıdır.¹²⁹⁵

3.3.4.3 Suçun Maddi Unsuru (Tipikliğin Objektif Unsuru)

3.3.4.3.1 Suçun Faili

Bu suçun faili, kanunda, kendisini idare edemeyecek bir durumda bulunan kişiyi koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kimse (garantör) olarak gösterilmiştir. Suçun faili bakımından özgü bir suçtur.¹²⁹⁶⁻¹²⁹⁷ Bu suçun faili, yaşama ve sağlığa yönelik tehlikeyi önlemekle hukuken yükümlü olan (garantör konumundaki) bir kimse olabilecektir. Bu açıdan bakıldığında, TCK m.97, bütün vatandaşlar açısından öngörülen “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” halini suç olarak düzenleyen TCK m.98’e göre özel hüküm niteliğindedir. Bu sebeple, suçun, gerçek özgü suç olduğu anlaşılmaktadır.¹²⁹⁸

Terk suçunun failinin doğru biçimde belirlenmesi bakımından ilkin koruma ve gözetim yükümlülüğünün kaynağı anlaşılmalıdır. Koruma ve gözetim yükümlülüğü, kanundan, sözleşmeden, bir mahkeme kararından veya doğal bağıllık ilişkisinden kaynaklanabilir.¹²⁹⁹⁻¹³⁰⁰ Söz konusu yükümlülük geçici veya sürekli, ücret karşılığı ya da bedelsiz olabilir. Öğretide, Önder tarafından, kişinin kendi irade ve isteği ile, “fili bir durum” olarak yükümlülük üstlenmesi durumunda, buna uyulmamasının terk suçunu oluşturacağı şu örnek verilerek ifade edilmiştir: Mesela, sakat bir kişiyi centilmenlik gösterisi yaparak istasyonun bir peronundan diğerine götürmeyi üstlenmiş olan, yükümlülüğüne riayet etmeyerek, özürünü tren rayları üzerinde bırakırsa, meydana gelen neticeden sorumludur.¹³⁰¹

Doğal bağıllık ilişkisinden kaynaklanan koruma ve gözetim yükümlülüğüne ilişkin bir Yargıtay kararı şu şekildedir:

¹²⁹⁴ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK (2019), age, s. 321-336.

¹²⁹⁵ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 248-253.

¹²⁹⁶ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ 2019, age, s. 295-299.

¹²⁹⁷ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 321-336.

¹²⁹⁸ Age, s. 321-336.

¹²⁹⁹ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ 2019, age, s. 295-299.

¹³⁰⁰ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 321-336.

¹³⁰¹ Ayhan ÖNDER 1992, age, s. 209-210.

"Hamile olarak yanına sığınan kızının evlilik dışı çocuğunu doğumundan birkaç gün sonra, annesinin yarı baygın olduğu bir sırada ondan habersiz olarak cami avlusuna terk eden sanık anneannenin geleneksel anne-kız ilişkilerinde yeni doğan çocuk konumundaki çocuğu korumakla yükümlü olduğu ve bu eyleminin (765 sayılı) TCK'nın (473/1) madde ve fıkrasında tanımlanan suçu oluşturacağı gözetilmeden yazılı gerekçelerle beraatına karar verilmesi, bozmayı gerektirir", Y.8.CD, 4.2.1998-98219/1063.¹³⁰²

Gökcan ve Artuç'a göre; a) Kanundan kaynaklanan garantörlük, bazı durumlarda koruma ve gözetim yükümlülüğüne dayanmaktadır. Kişilere belli durumlarda belli bir yönde icrai davranışta bulunma konusunda kanunla yükümlülük yüklenmektedir. Yükümlülüğün kanundan kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit, 6284 sayılı Ailenin Korunmasına ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu başta olmak üzere ilgili kanunlardan yararlanır. Örneğin velayet ilişkisinin gereği olarak, 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 335. maddesi gereğince, ana ve babanın çocukları üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, bu yükümlülüğün kaçınılması, başlı başına bir haksızlık ifade etmektedir.- b) Koruma ve gözetim yükümlülüğünün iradi biçimde üstlenilmesi, neticeyi önleme yükümlülüğünün ikinci bir kaynağını oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle, koruma ve gözetim yükümlülüğü, bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanabilir. Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün belirlenmesinde, sözleşmenin kapsamı ve içeriği esas alınır. Sözleşme şekle bağı değildir. Yazılı ya da sözlü olabileceği gibi, gönüllü üstlenme şeklinde fiili durumdan da kaynaklanabilir. Örneğin çocuk bakıcıları, hemşireler, dağ rehberleri için koruma yükümlülükleri sözleşmeden kaynaklanmaktadır.¹³⁰³

3.3.4.3.2 Suçun Mağduru

Suçun mağduru "yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan bir kimse" olmaktadır. Suçun mağduru tek kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Mağdurun birden fazla olması eylemin tekliğini

¹³⁰² Ahmet GÜNDEL (2009), *Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, 2. Cilt (Madde 53-125), Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 2346.

¹³⁰³ Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2021, age, s. 3613.

bozmayacaktır.¹³⁰⁴ Tezcan ve arkadaşlarına göre; önemli olan, terki ifade eden hareketin yapıldığı anda, mağdurun, başkasının yardımını olmaksızın, yaşam, beden bütünlüğü veya sağlığına yönelik tehlikelerden kendisini koruyamayacak durumda olmasıdır.¹³⁰⁵ Soyaslan'a göre; mağdur yaş veya hastalığı nedeniyle kendine bakamayacak, gereksinimlerini karşılayamayacak, ne yaptığını bilemeyecek ve kendisini dıştan gelecek tehlikelere karşı koruyamayacak durumda olmalıdır.¹³⁰⁶

765 Sayılı Türk Ceza Yasası'nda, terk suçu mağdurunun yaşına ilişkin bir üst sınır öngörülmüş ve on iki yaşından küçüklerin bu suçun mağduru olabileceği belirtilmiştir. 5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nda ise mağdurun yaşı bakımından üst sınır getirilmemiştir. Yeni Yasaya göre önemli olan yaşı ne olursa olsun kişinin kendini idare edemeyecek durumda olması ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunmasıdır.¹³⁰⁷⁻¹³⁰⁸

¹³⁰⁴ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 248-253.

¹³⁰⁵ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 321-336.

¹³⁰⁶ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 232.

¹³⁰⁷ Özlem YENERER-ÇAKMUT 2007, age, s. 49-76.

¹³⁰⁸ “Suçun maddi unsuru yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan mağdurun “kendi haline terk edilmesidir”. Suç bağlamında “kendi haline terk”, failin, mağdurla olan fiili ilişkisini geçici ya da sürekli şekilde kesmesi ve mağduru egemenlik alanının dışına çıkarması, bu bağlamda kendi haline bırakmasıdır. Bu suç “kendi haline terk” gerçekleştiği anda tamamlanır. Terk süresi uzun veya kısa olabilir. Burada önem taşıyan husus, terk süresinin mağdur için tehlike yaratma hususunda yeterli olup olmadığıdır. Kişinin kendi haline terk edilmesi, koruma ve gözetim altında bulunmanın, bu yükümlülüğü üstlenmiş olan kişi tarafından herhangi bir yerde korumadan yoksun hale getirilmesidir. Terk fiilinin, fail dışında, koruma ve gözetim yükümlülüğünü üstlenebilecek durumda olan ve bu iradeyi taşıyan kişilerin inisiyatif kullanabilecekleri biçimde ve ortamda gerçekleştirilmesi halinde bu suç oluşmaz.

Suçun oluşumu için, failin mağduru, koruma ve gözetim yükümlülüğü üstlenebilecek durumdaki bir kişi veya kurumun kontrolüne bırakmaksızın “mağduru kendi haline terk” fiilini gerçekleştirilmesi veya terk anı itibarıyla bu yükümlülüklerin kim tarafından taşınacağı belirsiz olması gerekir.

Yargılamaya konu somut olayda;

1- Sanığın, hakkında terk suçundan dolayı beraat kararı verilen resmi nikahlı eşi ... ile aralarında boşanma davasının duruşmasının bitiminde ...'in, katılan ...'ı annesi sanığa bırakarak duruşma salonundan uzaklaşması sonrasında, sanığın da katılana bakamayacağını söyleyerek İlçe Emniyet Müdürlüğüne bırakması şeklinde gerçekleşen olayda, suçun “kendi haline terk” unsurunun gerçekleşmemesi ve eylemin bakım ve gözetime yönelik yükümlülüklerine aykırılık oluşturmaması nedeniyle bu davranışın TCK'nın 233. maddesinde düzenlenen aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğü ihlal suçunu da oluşturmaması karşısında, sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken yasal olmayan gerekçe ile mahkumiyetine hükümlenmesi,

2- Kabule göre de;

Anayasa Mahkemesi'nin hükümden sonra 24/11/2015 gün ve 29542 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 08/10/2015 gün ve 2014/140 esas, 2015/85 sayılı kararı ile TCK'nın 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendine yönelik olarak vermiş olduğu iptal kararlarının uygulanması zorunluluğu,

Bozmayı gerektirmiş, O Yer Cumhuriyet Savcısı ve sanık ...'nin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, oybirliğiyle karar verildi.” Y4CD, E: 2016/5394, K: 2016/9879, T: 12.05.2016: Kazancihukuk.com,

Her durumda yaş küçüklüğü, hem kişinin kendisini idare etmesine engel olması hem de küçüklerin hukuken temsil edilmeleri anlamında terk suçu bakımından bir mağdur grubudur. Buna karşılık yaş büyüklüğünün durumu tartışmalıdır. Özbek ve arkadaşlarına göre; yaşlı kimseler de bu suçun mağduru olabilir. Öncelikle bu kişilerin de kendilerini idare etmeleri yaşlılık sebebiyle güçleşmiş olabilir. Öteki taraftan Türk Medeni Kanunu anlamında bu kişiler için bir bakım zorunluluğu olmasa da pekâlâ “sözleşmeden kaynaklanan” bir yükümlülük bulunabilir.¹³⁰⁹ Tezcan ve arkadaşları ise aksi kanaattedir. Onlara göre; “yaş” deyimini yalnızca “yaş küçüklüğünü” içerir. Her ne kadar yaş büyüklüğünün de kişinin kendisini idare edememesi durumuna yol açtığı ileri sürülebilirse de suçun oluşabilmesi için mağdurun ayrıca koruma ve gözetim altında bulunması da gerekir. Çocukların anne baba üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğü Türk Medeni Kanunu’nda açıkça öngörülmediğinden yaş büyüklüğüne bağlı olarak kendini idare edememe durumunda olan kişiler bakımından söz konusu suç tipi uygulama alanı bulmaz. Her ne kadar TCK suçun oluşması bakımından açıkça bir yaş sınırı getirmemiş ise de anne-babanın 18 yaşından büyük çocuklarını terk etmeleri durumunda, Türk Medeni Kanunu’ndan doğan bir koruma ve gözetim yükümlülüğü artık söz konusu olmayacağından, suç da oluşmayacaktır.¹³¹⁰

765 sayılı Türk Ceza Yasasında terk suçunun diğer bir mağdur grubunun süreklilik arz eden akıl veya beden hastalığı nedeniyle kendini idare edemeyecek durumda olması gerektiği belirtilmiştir. 5237 Sayılı Türk Ceza Yasası’nda ise sadece "hastalık" terimine yer verilmiş ve hastalığın ne olduğu konusunda herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Maddenin uygulanması açısından dikkate alınacak hastalık, mağdurun kendini idare etme olanağını ortadan kaldırmış olmalıdır.¹³¹¹ Hastalık, akıl ve beden işlevlerinin yerine getirilmesinde bozukluğa yol açan her türlü patolojik durumdur. Hastalık bedensel ya da ruhsal nitelikte olabilir, bunun kalıcı olması da zorunlu değildir.¹³¹²⁻¹³¹³ Yaş ve hastalık dışında TCK m.233/2’de hamile kadının

<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeXPz1EHYu4mPg~~&=0.841988797908386>. ET. 07.10.2022

¹³⁰⁹ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 295-299.

¹³¹⁰ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 321-336.

¹³¹¹ Özlem YENERER-ÇAKMUT 2007, age, s. 49-76.

¹³¹² Faruk EREM 1973, age, s. 512.

¹³¹³ Özlem YENERER-ÇAKMUT 2007, age, s. 49-76.

terkedilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Bu hükmün TCK m.97'ye göre özel hüküm niteliğinde olduğu ifade edilmelidir.¹³¹⁴

Tezcan ve arkadaşlarına göre, TCK m.97'de "hastalık"tan söz edildiği için, bedensel engelli olma gibi bir nedenle kendini idare edemeyen kimsenin terk edilmesi kapsam dışında kalır. Nitekim TCK m.97'de "yaşı ve hastalığı dolayısıyla" deyimine yer verildiği halde, TCK m.98'de daha yerinde olarak "Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle" deyimine yer verilmiştir. Maddeyi, belirtilen durumları da kapsayacak biçimde anlamak, kıyasa yol açma riskini bünyesinde barındırmaktadır ve TCK m.2/3 göz önünde tutulduğunda suç tiplerinin kıyasa yol açacak biçimde genişletilmesine olanak yoktur. Gerçekten, sarhoşluk veya körlüğü "hastalık" kapsamında değerlendirmek olanaksızdır. Amaç, bu durumları da kapsamına almak ise, TCK m.97'de değişikliğe gidilerek, "durumda olan ... kişi"den ya da "bedensel veya zihinsel durumu nedeniyle kendini idare edemeyen kişi"den söz etmek yerinde olacaktır.¹³¹⁵ Yenerer Çakmut'un önerisi, "hastalık" yerine "beden veya akıl durumu itibarıyla veya diğer nedenlerle" kendini idare edemeyenler, şeklinde değişiklik yapılmasıdır.¹³¹⁶ Özbek ve arkadaşları da aynı kanaattedir.¹³¹⁷

3.3.4.3.3 Hareket, Netice, İlliyet Bağı

Burada bahsi geçen hareket, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimseyi "kendi haline terk etmek" fiilidir.¹³¹⁸ Hareket, pozitif olabileceği gibi negatif de olabilir. Mesela, failin kendisine bırakılan çocuğu uzak bir şehre götürüp onu muhafazasız bırakması, terk etmesi, bir hastaya bakan sağlık memurunun veya hemşirenin bakımı veya tedaviyi bırakması buna birer örnektir.¹³¹⁹

Terk suçunun hareket unsurunu mağduru "kendi haline terk etmek" eylemi oluşturur. Terk sözcüğünün kelime anlamı; ayrılıp gitme, vazgeçme, kendi haline

¹³¹⁴ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 295-299.

¹³¹⁵ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 321-336.

¹³¹⁶ Özlem YENERER-ÇAKMUT 2007, age, s. 49-76.

¹³¹⁷ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 295-299.

¹³¹⁸ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 321-336.

¹³¹⁹ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 232.

bırakma şeklinde ifade edilmiştir.¹³²⁰ Burada mağdurun bulunduğu yerin mutlaka mekânsal anlamda değiştirilmiş olması aranmaz.¹³²¹

Terk fiili failin mağdurun bulunduğu yerden ayrılması şeklinde gerçekleşebileceği gibi, fail mağduru bir başka yere götürüp bırakmak suretiyle de terk suçunu işleyebilir. Yargıtay kararlarında bebeğin cami avlusuna bırakılması ve oradan uzaklaştırılması terk suçu olarak değerlendirilmiştir. Aynı bebeğin evde uyurken bırakılıp bir daha eve dönülmemesi de terk suçuna vücut verecektir. Esas itibariyle failin eylemini cezalandırılabilir hale getiren ya da onu haksız bir eylem haline getiren husus koruma ve gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesidir. Terk suçunun tamamlanması için fail ile mağdur arasına, failin mağdura ulaşamayacağı ve onun ihtiyaçlarını karşılayamayacağı bir mesafe girmesi yeterlidir. Buna karşın, mağdurun bırakıldığı yerde bir başkası tarafından bakılıp gözetileceği kesin ise terk suçu oluşmamaktadır. Yine Yargıtay bir başka kararında; failin terk ettiği çocuk ya da yaşlıyı bir başkası alıncaya dek bekleyen kimsenin eyleminin terk suçunu oluşturmadığı doğrultusunda karara varmıştır.¹³²²

Terk suçunun oluşması için mağdurun muhakkak surette zarara uğraması gerekli değildir. Mühim olan mağdurun zarara uğrama tehlikesinin mevcut olmasıdır.¹³²³ Taneri'ye göre, suçun tehlike suçu, zarar suçu ayrımında, tehlike suçu olduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle suçtan dolayı herhangi bir zararın doğmuş olması gerekmez.¹³²⁴ Bir görüşe göre, burada soyut tehlike suçu söz konusu olduğu için terk, mağdurun yaşam veya vücut bütünlüğü ya da sağlığı üzerinde bir tehlikenin meydana gelebilmesine yol açacak nitelikte olmalıdır. Bu görüş, hareketin bir tehlikenin meydana gelebilmesine yol açacak nitelikte olmasını yeterli gördüğü için, mağdurun ıssız bir yere terk edilmesi, fakat derhal bir başkası tarafından kurtarılması örneğinde olduğu gibi, failin soyut olarak tehlike yaratmaya elverişli olduğu, fakat somut olayda böyle bir tehlikenin gerçekleşmediği durumlarda da bu suçun oluştuğunun kabul edilmesi gerekecektir. Buna karşılık, Tezcan ve arkadaşlarının katıldığı görüşe göre, mağdur terk nedeniyle gerçek bir tehlike ile karşı karşıya kalmış olmalıdır. Burada somut bir tehlike suçu söz konusu olduğu için, terk nedeniyle mağdurun yaşamı, beden bütünlüğü ya da sağlığı bakımından somut bir

¹³²⁰ Ali PÜSKÜLLÜOĞLU 2004c, age, s. 1318.

¹³²¹ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ 2019, age, s. 295-299.

¹³²² Age, s. 295-299.

¹³²³ Age, s. 295-299.

¹³²⁴ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 248-253.

tehlikenin ortaya çıkmadığı durumlarda bu suçun oluşmayacağı sonucuna varmak gerekir.¹³²⁵ Yargıtay bir kararında şöyle demiştir: “Olay tarihinde maddi imkansızlık nedeniyle tedavi ettiremediği epilepsi hastası olan 2 yaşındaki kızı Binnur’a yardım için Nevşehir Valiliği’ne başvuran ve olumlu sonuç alamayan sanığın, çocuğunu Valilik önüne polisin görebileceği yere bırakıp uzaklaşması şeklinde gerçekleşen eyleminde, TCK’nın 97. Maddesindeki terk suçunun unsurlarının ne şekilde oluştuğu tartışılıp açıklanmadan, yetersiz gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi,...” (Yargıtay 4. CD, 10.12.2012 gün, 2012/12629 Esas, 2012/29553 Karar)¹³²⁶ Bir başka Yargıtay kararında ise terk suçunun nasıl meydana geleceği üzerinde de durulmak suretiyle failin eylemi izah edilmiştir. Bu karar şu şekildedir:

“Sanığın terk suçundan cezalandırılması istenmiştir. TCK’nın 97. maddesinde düzenlenen terk suçu yaşı ve hastalığı dolayısıyla kendisini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk etme ile olur. Mağdurun 2002 doğumlu olup, suç tarihinde 5 yaşında bulunduğu, yaşı nedeniyle kendisini idare edebilecek durumda olmadığı, sanığın anne olması nedeniyle koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğu, çocuğun en azından başlangıçta anne yanında olduğu, İstanbul’dan ne şekilde İzmir’e geldiğinin kesin biçimde tespit olanağının bulunmadığı görülmektedir. Yasada her türlü kendi başına bırakma cezalandırılmamış, “kendi haline terk eden” ibaresi kullanılmıştır. Çocuğun, başka bir kimsenin koruma ve gözetimine bırakılması halinde terk suçu oluşmaz. Başkasının koruma ve gözetimine bırakmanın geniş olarak değerlendirilmesi gerekir.”¹³²⁷

¹³²⁵ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 321-336.

¹³²⁶ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 248-253.

¹³²⁷ Türk Ceza Kanunu’nun 97. maddesinde düzenlenen terk suçunun birinci fıkrasında, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi hâline terk etmek suç olarak tanımlanmış, terk olgusu bağımsız bir suç olarak kabul edilmiştir. Suçun mağduru, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimse, faili ise, bu kimseler üzerinde kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan koruma ve gözetim yükümlülüğü yüklenen kişilerdir. Yükümlülüğün kanundan kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespitite, 6284 sayılı Ailenin Korunmasına ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu başta olmak üzere ilgili kanunlardan yararlanılırken, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün belirlenmesinde, sözleşmenin kapsamı ve içeriği esas alınır. Sözleşme şekle bağlı değildir. Yazılı ya da sözlü olabileceği gibi gönüllü üstlenme şeklinde fiili durumdan da kaynaklanabilir. Hekim, hemşire, hasta bakıcı, çocuk/bebek bakıcısı, hizmetçi, gezi rehberi, öğretmen gibi kişiler, sözleşmenin içeriğine göre koruma ve gözetim yükümlüsü sayılabilir.

...

Suçun oluşumu için, failin mağduru, koruma ve gözetim yükümlülüğü üstlenebilecek durumdaki bir kişi veya kurumun kontrolüne bırakmaksızın “mağduru kendi haline terk” fiilini gerçekleştirmesi veya terk anı itibarıyla bu yükümlülüklerin kim tarafından taşınacağı belirsiz olması gerekir.

...

Yasa, küçüğün karşılaşabileceği riskler gözetilerek, bu eylemi yaptırma bağlamıştır. Kendisini idare edemeyecek durumda olan, başkası tarafından alınıp bakılabileceği ya da küçük açısından risk oluşturmadan görevlilerin haberdar edilmesinin mutlak olduğu durumda kendi başına bırakmadan söz edilemez. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 5.7.1996 tarih, 228-3494 sayılı kararında çocuğu mahkeme salonundaki masa üzerine bırakıp uzaklaşma eyleminde kendi başına terk suçunun gerçekleşmediğini, Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 15.4.1996 tarih, 2134-2389 sayılı kararında küçüğün herkesin girip çıktığı adliye tuvaleti girişindeki dolap üzerine bırakılıp uzaklaşılması eyleminde terk suçunun kasıt ögesinin bulunmadığını belirtmiştir. Yine başka bir kararda çocuğun çocuk yuvası yakınındaki oynayan çocukların yanına bırakılarak yuvaya alınmasının sağlanmasına yönelik oradan ayrılmada kast ögesinin bulunmadığını belirtmektedir. Çocuğu, anne sanık ya da onun talimatı ile bir başkası tarafından risk oluşturmayacak biçimde hastaneye bırakıldığı, eline de babanın telefon numarası yazılı not tutuşturulduğu, hastane görevlilerine küçüğün başvurduğu, esasen görevlilerin kendi başına kalan bu çocuk hakkında da önlem alabilecekleri, nitekim çocuğun durumunun polise bildirildiği ve babaya teslim edildiği gözetildiğinde sanığın belirlenen eyleminde kendi başına terk kastının bulunduğu belirlenmemiştir. Bu nedenle sanığın beraatine karar verilmiştir. (Yargıtay 4. CD, 12.12.2012 gün, 2012/21901 Esas, 2012/30025 Karar sayılı ilamıyla onaylanan İzmir 12. Sulh Ceza Mahkemesi, 2.4.2010 gün, 2009/278 Esas, 2010/600 Karar sayılı ilamı delil değerlendirmesi)¹³²⁸

Yargılamaya konu somut olayda;

Sanığın, boşanma sonucunda velayeti kendisine bırakılmış 2000 doğumlu kızı mağdur Miraç'ı K. ilçesinde ikamet eden boşandığı eşinin annesi tanık 1949 doğumlu H. A..`na bırakması için köy minibüsü şoförüne yol ücretini vererek teslim etmesi, tanığın yaşı ve maddi durumu nedeniyle mağdura bakamayacağını beyan ederek mağduru kabul etmemesi üzerine sanığın mağduru tekrar kabul etmemesi şeklinde gerçekleşen eyleminde suçun yasal unsuru olan, "kendi haline terk" unsuru gerçekleşmediği için terk suçunun oluşmayacağı, ancak sanığın mağdura karşı bakım, eğitim ve destek olma yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle eyleminin TCK'nın 233. maddesinde düzenlenen aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğü ihlal suçunun oluşturacağı gözetilmeden beraat kararı verilmesi,

Kanuna aykırı ve katılan Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı vekili teyiz nedenleri yerinde görüldüğünden tebliğnamedeki onama düşüncesinin reddiyle HÜKMÜN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, oybirliğiyle karar verildi." Y4CD, E: 2015/1780, K: 2015/33630, T: 11.09.2015, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeWp9Sb3UvZcEQ~~∓=0.08190478972922821>. ET. 07.10.2022

¹³²⁸ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 248-253.

Yargıtay kararları incelendiğinde de garantör sıfatına sahip olan kimsenin koruma ve gözetim yükümlülüğü olduğu kişiyi icrai davranışla terk etmesi halinde söz konusu davranışın nitelendirilmesinde farklı görüşlerin ortaya çıktığı görülmektedir. Diğer bir anlatımla, yerel mahkemeler ile Yargıtay arasında terk suçu ve kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçları ekseninde fikir ayrılıklarına rastlanmaktadır. Bunun nedeni, terk suçunda, temel düzeyde kişinin, koruma ve gözetim yükümlülüğü nedeniyle garantör olduğu bir kimseyi kendi haline terk etmesi cezalandırılmasından sonra, ikinci bir hal olarak bu suçta mağdurun bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüş olması; yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunda da kişinin ölmesi şeklinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin de öngörülmüş olmasıdır.¹³²⁹

3.3.4.4 Suçun Manevi Unsuru (Tipikliğin Sübjektif Unsuru)

Suçun manevi unsuru kasttır. Taksirle terk suçunu işlemek olası değildir. Örneğin, kalabalık bir yerde çocuğunu kaybeden annenin fiili terk suçu kapsamına girmeyecektir. Terk suçu bakımından zorunluluk halinin söz konusu olacağı ifade edilebilir. Bunun için failin karşısına başka türlü korunma olanağı bulunmayan bir tehlikenin ortaya çıkması icap eder. Diğer taraftan mağdura başka türlü bir korunma olanağı var iken bunu sağlamayarak onu terk etmesi halinde zorunluluk durumundan bahsedilemez.¹³³⁰

Kastın tipikliğin tüm unsurlarına yönelik olması arandığı için, failin, mağdurun kendisinin koruma ve gözetimi altında bulunduğunu, kendini idare edemeyecek durumda olduğunu ve mağdurun terk edilmesinin onun yaşamı, beden bütünlüğü ya da sağlığını tehlikeyle karşı karşıya bıraktığını bilmesi ve kendi haline terki istemesi gerekir.¹³³¹⁻¹³³² Ancak, soyut tehlike suçunu kabul eden yazarlar açısından, terk fiilinin mağdur bakımından böyle bir tehlikeyi meydana getirme olasılığı yeterlidir ve mağdurun bir tehlikeyle karşılaşacağını bilmesi gerekmez.¹³³³ Taneri'ye göre, gerekçe, özellikle neticesi sebebiyle ağırlaşmış terk

¹³²⁹ Rahime ERBAŞ (2019a), “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 21 (1), s. 397-449.

¹³³⁰ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ 2019, age, s. 295-299.

¹³³¹ Doğan SOYASLAN 2018, age, s. 232-233.

¹³³² Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 321-336.

¹³³³ Sahir ERMAN ve Çetin ÖZEK (1994), *Kişilere Karşı Suçlar*, İstanbul, s. 283, *Aktaran* Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 321-336.

halinde olası kastın da suçun oluşması açısından yeterli olduğunu belirtmektedir. Terk nedeniyle mağdurun yaralanması, hastalanması ya da ölmesi halinde ağırlaşmış olan ceza hükümleri uygulanacaktır. Gerekçede de açıkça yazılmış olduğu üzere bu durumda netice açısından failin en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir.¹³³⁴

Terk edilen mağdur üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü olan failin kastının ne olduğu çok önemlidir. Failin kastı, mağdurun sağlığının bozulması ya da onun ölümüne yönelik ise, fail kastına göre kasten yaralama ya da öldürme suçundan cezalandırılmalıdır. Filhakika, TCK m.97/2’de belirli zararlı neticelerin ortaya çıkması durumunda, failin netice yönünden ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezalandırılacağı öngörülmüştür. Terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline ilişkin TCK m.97 şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunur”.

Görüldüğü üzere, maddenin birinci fıkrasında gerçek bir ihmali suç olan terk, ikinci fıkrada ise, terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali yer almaktadır. Terk suçunun ölümle sonuçlanan neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali, 83’üncü maddedeki kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine göre, özel düzenleme niteliğindedir. Ancak bu halde de 83’üncü madde hükümleri uygulanabilir.¹³³⁵

Bu durumda ortaya çıkabilecek olasılıkları şöyle özetleyebiliriz: Fail, mağduru terk ederken, mağdurun hastalanabileceğini, yaralanabileceğini veya ölebileceğini öngörmesi gerekirken, bunu öngörememişse, taksirle yaralama/öldürmeden; Fail mağduru terk ederken, mağdurun hastalanabileceğini, yaralanabileceğini veya ölebileceğini öngörmesine rağmen, bunun gerçekleşmeyeceğine güvenerek hareket etmişse, bilinçli taksirle

¹³³⁴ Gökhan TANERİ 2014, age, s. 253-255.

¹³³⁵ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Mehmet Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2019, age, s. 114 ve YCGK, E: 2014/1-161, K: 2015/493, T: 8.12.2015, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWInEsBd88JGeWvG2Bj29TBHA~~&=0.01090982232237403>. ET. 15.01.2023 ve Y1CD, E: 2008/7098, K: 2010/3459, T: 11.05.2010, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWInEsBd88JGeVsgNYcq s2!XA~~&=0.9481425839963513>. ET. 15.01.2023

yaralama/öldürmeden; fail, mağduru terk ederken, mağdurun hastalanabileceğini, yaralanabileceğini veya ölebileceğini öngörmesine karşın, bu olası neticeyi göze alarak/kabullenerek hareket etmişse, olası kastla yaralama/öldürmeden, fail mağduru terk ederken, sağlığını bozmak ya da onun ölümüne yol açmak iradesiyle hareket etmişse, kasten yaralama/öldürmeden; nihayet, fail, mağduru terk ederken, mağdurun hastalanabileceğini, yaralanabileceğini veya ölebileceğini öngöremeyecek durumda idiye, yalnızca terk suçundan cezalandırılacaktır.¹³³⁶

Terk suçunun ihmalî davranışla işlenmesi halinde, teminat yükümlüsü (garantör), terk edilen ve bu suretle bakımsız ve gözetimsiz kalan kişinin örneğin ölebileceği öngörür. Terk edilenin ölmesi halinde, terk eden teminat yükümlüsünün (garantörün) ne suretle sorumlu tutulacağı, kast veya taksirine bağlı olarak belirlenecektir. Terk eden, terk edilen kişinin ölebileceğini veya sağlığının bozulabileceğini öngörmesine rağmen, “ölürse de ölsün” veya “hastalanırsa da hastalansın” düşüncesiyle hareket etmiş ve bu muhtemel neticeler bakımından kayıtsız kalmış ise, artık terk suçundan dolayı değil, ihmalî davranışla işlediği kasten (olası kastla) öldürme (TCK, m.83) veya yaralama (TCK, m.88) suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekir.¹³³⁷⁻¹³³⁸

¹³³⁶ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R Murat ÖNOK 2019, age, s. 321-336.

¹³³⁷ İzzet ÖZGENÇ 2021a, age, S. 4, s. 303-378.

¹³³⁸ “Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanığın bir TV kanalındaki ilanlar aracılığı ile tanıştığı maktul ... ile telefonla görüşmeye ve mesajlaşmaya başladığı, sanığın maktul ... oğlunu 08/02/2009 tarihinde arabasına bindirip bir ya da iki gün belirlenemeyen bir yerde rızaları ile alıkoyduktan sonra ... Köyü sınırları içerisinde kalan ormanlık alana maktul ... mağduru götürerek burada mağdurun gözü önünde maktul ile cinsel ilişkiye girdiği, daha sonra maktulü darp ederek ve belirlenemeyen bir inhibisyon (zorlamalı ölüm) yöntemi uygulayarak maktulün ölümüne sebebiyet verdiği, maktulün üzerinde bulunan yaklaşık 6.000TL para ile 5 adet altın bileziği de gasp ettiği, yaşı küçük mağduru ormanlık alanın yerleşim yerlerinden uzak olmasına ve mevsimin kış olmasına, mağdurun bırakıldığı yer ve iklim koşulları dikkate alındığında tamamen savunmasız durumda kalacak olmasına rağmen olay yerinde bırakarak ayrıldığı, mağdurun bırakıldığı ormanda tek başına kaldıktan sonra donmak üzere iken tesadüfen olay yerine gelen avcılar tarafından görülerek hemen hastaneye götürülüp tedavisinin yaptırıldığı olayda,

Sanığın eyleminin ihmalî davranışla kasten yaralama suçunu oluşturacağı ve eylemine uyan TCK'nin 86/1-3b, 87/1-d ve 88. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeksizin olayda yasal unsurları oluşmadığından uygulama ihtimali bulunmayan ihmalî davranışla öldürmeye teşebbüs suçundan yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayini,

Karşı Oy

Tüm dosya kapsamına göre sanığın, bir TV kanalındaki ilanlar aracılığı ile tanıştığı maktul ile telefonla görüşmeye başladığı daha sonra 08.02.2009 günü buluşup maktul ... 3 yaşındaki oğlunu arabasına bindirip bir ya da iki gün bilinmeyen bir yerde alıkoyduktan sonra ... köyü sınırları içinde kalan ormanlık alana götürerek burada mağdur çocuğun gözü önünde maktul ile cinsel ilişkiye girdiği daha sonra maktulü darp etmeye başladığı ve inhibisyon yöntemi uygulayarak maktulü öldürdükten sonra üzerinde bulunan 6000TL para ile 5 adet bileziğini aldığı, yaşı küçük mağduru ise olay yerinde bırakarak oradan kaçtığı sübut bulunmuştur.

Özbek ve arkadaşları; bu suç bakımından zorunluluk halinin söz konusu olabileceğini ifade etmişlerdir. Ancak, bunun için, failin başka türlü korunma olanağı bulunmayan bir tehlikenin ortaya çıkması gerekir. Örneğin, çıkan bir yangında, çocuklarını kurtarma imkânı olmadığı için onları geride bırakarak evinden kaçan annenin durumu böyledir.¹³³⁹

3.3.4.5 Ara Değerlendirme

Terk suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "kişilere karşı suçlar" kısmında düzenlenmiştir. Bu kanun maddesinin düzenlenme gerekçesi şu şekildedir:

"Madde metninde terk suçu tanımlanmıştır. Suçun konusu, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimselerdir. Suçun faili ise, bu kimseler üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi olabilir. Söz konusu suç, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimseyi kendi hâline terk etmekle oluşur. Bu terk olgusu, bir bebeğin cami avlusu gibi belli bir mahale götürülüp bırakılması gibi icrai davranışla gerçekleştirilebilir. Keza, bu suç, ihmali davranışla da işlenebilir. Örneğin ileri yaşta bulunan veya hasta bir kişi

Sanığın mağdura yönelik eylemi ile ilgili sayın çoğunluk TCK'nin 86/1,3, 87/1-d ve 88. maddeleri kapsamında kaldığı nedeniyle ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına hükmetmiş ise de bu görüşe katılmıyoruz. Şöyle ki;

Sanığın, maktul ile birlikte mağduru da suçun işlendiği yere götürdüğü, suç yerinin yerleşim yerlerinden uzak olduğu, mevsimin kış olduğu, mağdurun yaşı itibarıyla böyle bir yerde kendisini koruyacak veya hayatını idame ettiremeyeceğinin sanık tarafından bilindiği, mağdurun annesinin koruma ve gözetimi altında bulunduğu, ancak sanığın maktul anneyi öldürerek bu olanağı da ortadan kaldırdığı, mağdurun burada tek başına bırakılması halinde ölüm sonucunun mutlaka meydana geleceğinin sanık tarafından bilindiği halde sanığın bu sonucun meydana gelmemesi için hiçbir şey yapmadığı aksine bütün koşulların sanık tarafından bilinçli olarak oluşturulduğu, nitekim mağdurun ölmek üzere iken orada dolaşan avcılar tarafından kurtarıldığı ve hayati tehlike geçirdiği anlaşılmaktadır.

Ölümü meydana getirecek elverişli davranışların sanık tarafından doğrudan doğruya icra edilmemekle birlikte sanığın, mağdurun öleceğini bilmesine rağmen bu sonucu engellemek için yükümlü olduğu davranışların hiçbirini yapmayarak ihmali davranışla meydana gelen neticeye sebebiyet verdiği noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Burada tartışılması gereken eylemin TCK'nin 83. mü yoksa 88. maddesi kapsamında kaldığıdır. Ölüm meydana gelmesi halinde suçun TCK'nin 83. maddesi kapsamında kalacağı aşıkardır. Ancak ölüm meydana gelmediği durumlarda 83. maddenin uygulanması mümkün müdür? Bizce mümkündür. Çünkü bir ihmal suretiyle icra suçu olan bu suça teşebbüs mümkündür. Buna göre failin ihmal suretiyle bir kimseyi öldürmek kastıyla, yükümlü olduğu icrai davranışı neticenin oluşumu bakımından elverişli olacak tarzda ihmalden sonra, failin elinde olmayan etkenlerden ötürü netice gerçekleşmezse fail, ihmal suretiyle kasten öldürmeye teşebbüsten ceza almalıdır. Somut olayda sanığın öldürme kastıyla hareket ettiği kastının yaralama olmadığı ve yükümlü olduğu davranışları ihmal ederek mağdurun hayatı bakımından tehlikeli bir durumun ortaya çıkmasına sebebiyet verdiği ancak sanığın elinde olmayan nedenlerden dolayı kastedilen sonucun meydana gelmediği anlaşıldığından ilk derece mahkemesinin uygulamasının yerinde olduğu bu nedenle kararın onanması gerektiği kanaatinde olduğumuzdan sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz." Y1CD, E: 2019/2477, K: 2020/258, T: 3.02.2020, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeXJDVwp4IiwMw~~&=0.06297574320682298>. ET. 07.10.2022

¹³³⁹ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2019, age, s. 295-299.

ya da bir bebek evde kendi hâline terk edilerek tatile çıkılması hâlinde, koruma ve gözetimden yoksun bırakılabilirler. Maddenin birinci fıkrasında, başlı başına bu terk olgusu bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasına göre; terk edilen kişinin bir hastalığa yakalanması, yaralanması veya ölmesi hâlinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunacaktır. Bu durumda dikkat edilmelidir ki, failin meydana gelen ağır ve başka neticeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice açısından en azından taksirinin bulunması gerekir. Fakat, bu madde kapsamında söz konusu edilen terk olgusu hâlinde, meydana gelen netice açısından failin çoğu zaman muhtemel kastla hareket ettiğini göz önünde bulundurmak gerekir.”

Kanun maddesinin gerekçesinde de görüldüğü üzere; Suçun konusu, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimseler, suçun faili ise, bu kimseler üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi olabilmektedir. Herhangi bir biçimde, görevleri dolayısıyla ya da görevlerini icra etmekte iken, hekimlerin bu suçu işleyebilecekleri hususuna değinilmemiştir. Yine, bu suç, açıkça görüleceği gibi, kasten işlenebilecek bir suçtur. Doğrudan kastla işlenebileceği gibi, olası kast ile de bu suç işlenebilir. Buna karşın, bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Kanaatimizce, terk suçu icrai veya ihmali davranışla işlenebilen bir suçtur.

Erbaş’ın, terk suçu ile ihmali davranışla öldürme ve yaralama suçu arasındaki ilişki bağlamındaki çözümüne esasen katılmaktayız: Buna göre; terk suçunda “kendi haline terk etmek” ibaresi, kişinin kendini idare edemediği bu durumun içinde kalmasının devam ettirilmesi anlamına gelir. Bu devam ettirme, doğal anlamda icrai davranışla gerçekleştirilebileceği gibi ihmali davranışla da gerçekleştirilebilir.¹³⁴⁰

Yaptığımız araştırmada, Türk hukukunda hekim tarafından gerçekleştirilmiş terk suçuna ilişkin herhangi bir yargı kararına, herhangi bir içtihada rastlamadık.

TCK m.97’de düzenlenmiş bulunan “Terk” suçunun, hekimler açısından her ne kadar bugüne değin yargıya aksetmiş bir örneği bulunmasa ve bu doğrultuda bir yargı kararına ulaşamamış olsak dahi, kuramsal olarak hekim tarafından işlenebilecek bir suç olduğu kanaatinden hareketle ve ancak kanun maddesinde (“Yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline

¹³⁴⁰ Rahime ERBAŞ 2019a, age, s. 397-449.

terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”) açıkça belirtildiği şekilde işlenebileceğini düşünmekteyiz.

3.3.5 Negatif Savunmacı (Defansif) Tıp Uygulamaları Dahilinde İhmali Suçlar

3.3.5.1 Genel Mülahaza

Günümüzde sağlık sektörü içerisinde hizmet sunan sağlık çalışanlarına baskı uygulayan birçok faktör bulunmaktadır. “Sağlıkta Dönüşüm” adı altında sağlık alanının ticarileştirilmesine yol açan politikalar uygulayan hükümetlerin genel siyasetleri, medya, hasta ve hasta yakınları ve hatta sağlık çalışanlarının bizzat kendileri bu baskı unsurları arasında sayılabilir. Bütün sağlık çalışanlarını baskı altına alan bu unsurlar çok önemli olumsuz sonuçlar da meydana getirebilmektedirler. Doğan olumsuz sonuçların önde gelenlerden biri de savunmacı tıp uygulamalarıdır. Savunmacı tıp uygulamaları sağlık hizmetinde kaliteyi düşürücü bir etki yapar. Her ne kadar pozitif ve negatif savunmacı tıp uygulamalarının her ikisinin de hasta açısından çeşitli olumsuz sonuçlar doğurabilme riski olsa da özellikle negatif savunmacı tıp uygulamaları hastada zarar verici sonuçlara yol açma riski bakımından kanaatimce daha öndedir. Son yıllarda ülkemizde giderek artış göstermiş olan sağlıkta şiddet olgusu hekimleri tedrici olarak negatif defansif tıp uygulamalarına yönlendiren etmenlerin başında gelmektedir.

20. ve 21. Yüzyıl, hukukun yaşamın her alanına nüfuz ettiği, temel hak ve hürriyetler ile beraber ikinci ve üçüncü kuşak sosyal ve kültürel hakların da varlığının kabul edilerek mevzuatlara girdiği dönemlerdir. Bu doğrultuda, tıp gibi insan hayatını doğrudan etkileyen uygulama alanlarında hukukun temel kurallarının, hak ve özgürlüklerin bilfiil yer almaması garipsenecek bir durum olurdu ki nitekim tıp hukuku özellikle ulusal çapta artan oranda ilgi görmeye başlamıştır. Tıbbın özellikle pratikte uygulanmasının giderek karmaşık bir hal alması, temel hak ve özgürlüklerin sağlık hizmetlerine de kademeli ve artan oranda yansıtılması tıp bilimi ve sağlık hizmetleri ile hukuku daha da bütünleşmiş bir hale getirmiştir. Dolayısıyla bu durum tıbbi her türlü girişimin ve olgunun hukuken de çerçevelerinin çizilmesi gerekliliğini doğurmaktadır. Defansif tıbbi uygulamaları da bu çerçevede

değerlendirip hukuki boyutlarını tespit etmek hem sağlık hizmetleri uygulayıcıları hem de hastalar için faydalı olacaktır.¹³⁴¹⁻¹³⁴²⁻¹³⁴³

3.3.5.2 Negatif Savunmacı Tıp Uygulamaları Bağlamında Hekimlerin Tutumu

Tıbbi bakımın sıklıkla gözden kaçan bir yönü, hasta-doktor ilişkisinde hastaların tek hassas katılımcılar olmadığıdır; hekimler de kendi ihtiyaçlarını düşünmek zorundadır. Özellikle hekimlerin hata yapma, hastaya kasıtsız zarar verme, hatta hatalı hareket ettikleri algısını uyandırma riskine karşı kendilerini korumaları gerekir. Çoğu doktor, bir hastaya kötü davrandıklarının söylenmesi düşüncesiyle oldukça endişelenir. Özellikle yanlış tedavi nedeniyle dava edilmekten ve bu nedenle alenen bir hastayı iyileştirememekle değil, aynı zamanda onu yaralamakla da suçlanmaktan korkmaktadırlar.¹³⁴⁴

Hekimlerin hissettikleri baskılara verdikleri tepkilerden biri defansif tıp uygulamalarıdır.¹³⁴⁵ Savunmacı tıp, öncelikle sorumluluk tehdidiyle tetiklenen sağlam tıbbi uygulamalardan bir sapmadır.¹³⁴⁶ Tıp alanında, hasta-hekim ilişkisinin paternalist (babacan hekim tarzı) bir ilişki tarzından uzaklaşması, hekim-hasta arasında giderek artan sıklıkta tıbbi uygulama hatası iddialarına bağlı şikayet ve davaların çoğalması, başta hekime yönelik olmak üzere sağlıkta şiddet hadiselerinin artması ve şiddet dozunun artması hekimlerin hasta ve hasta yakınlarına karşı olan davranışlarında birtakım olumsuz değişikliklere yol açmıştır. Bu olumsuz değişikliklerin en önde geleni, ülkeden ülkeye oranları değişmekle birlikte, hekimlerin savunmacı tıp uygulamalarına ciddi biçimde kaymış olmalarıdır.

Savunmacı tıp hakkında yayınlanmış ilk makale Smith tarafından 1971 yılında Duke Law Journal isimli dergide yayınlanan “The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine” başlıklı çalışmadır.¹³⁴⁷ Savunmacı tıp, bir hekimin, hastalar veya aileleri tarafından yapılacak şikayetleri veya eleştirileri azaltmak veya önlemek için olağan davranışlarından veya iyi tıp uygulamalarından

¹³⁴¹ Kerem YILMAZ 2014, age, s. 65.

¹³⁴² Ahsen COŞAR 2009, age, s. 11.

¹³⁴³ Yusuf AYNACI 2008, age.

¹³⁴⁴ David SCALAR ve Michae HOUSMAN (2003), “Medical Malpractice and Physician Liability: Examining Alternatives to Defensive Medicine”, *Harvard Health Policy Review*, Spring-2003, S. 4 (1), s. 75-84.

¹³⁴⁵ Özgün ÜNAL 2020, age, s. 1.

¹³⁴⁶ David M STUDDERT, Michelle M MELLO, William M SAGE, Catherine M DESROCHES, Jordon PEUGH, Kinga ZAPERT ve Troyen A BRENNAN 2005, age, s. 2609-2617.

¹³⁴⁷ David O SMITH 1971, age, S. 1, s. 939-994.

sapması olarak tanımlanır. Amerika Birleşik Devletleri Kongresi, bu tanımı, birincil (ancak tek değil) amacı hatalı tıbbi uygulama sorumluluğunu azaltma olan testler, prosedürler ve ziyaretler gerçekleştirilmesini veya yüksek riskli hastalardan ve prosedürlerden kaçınma eylemini de içerecek şekilde genişletir.¹³⁴⁸

Savunmacı tıp uygulamaları¹³⁴⁹ esas itibariyle, pozitif savunmacı tıp uygulamaları (güvence davranışları) ve negatif savunmacı tıp uygulamaları (kaçınma davranışları) olarak iki ana grupta toplanabilir.¹³⁵⁰⁻¹³⁵¹

OTA'nın (Office of Technology Assessment) tanımına göre, defansif tıp, doktorların malpraktis yükümlülüğüne maruz kalmalarını azaltmak için gereksiz testler, prosedürler veya ziyaretler order ettiğinde veya yüksek riskli hastalardan veya prosedürlerden kaçındığında ortaya çıkar. Bu tanım, savunmacı olarak kabul edilen uygulamaların, sorumluluk endişelerine (örneğin, tıbbi yardım, finansal teşvikler) ek olarak diğer faktörler tarafından motive edilebileceğini ve kaliteyi artırıcı veya kaliteyi düşürücü olabileceğini kabul eder. Birçok tıbbi müdahalenin göreceli etkinliğine ilişkin bilgi eksikliğinin yanı sıra bireylerin veya toplumun hangi düzeyde riskleri kabul etmeye istekli olduğu konusunda fikir birliği olmaması nedeniyle defansif tıbbin çoğu örneğini tamamen "iyi" veya "kötü" olarak sınıflandırmak imkânsız değilse de zordur.¹³⁵² Kimi araştırmacılar defansif tıbbi uygulamaları iyi tıbbin gelişmesine yardımcı olan olgular olarak nitелеmekte ise de birçok yazar defansif tıbbi uygulamaların pek çok açıdan sağlık hizmetlerinde ki temel sorunsallardan biri olduğunu ifade etmektedir. En azından her iki görüşün tartışılması dahi defansif tıbbin hem tıbbi hem de hukuki açıdan tartışma götürür ve iyi irdelenmesi gereken bir olgu olduğunu göstermektedir.¹³⁵³⁻¹³⁵⁴⁻¹³⁵⁵⁻¹³⁵⁶ Bazı savunma tıbbi biçimleri özellikle zararsızdır. Örneğin, daha önce malpraktis nedeniyle dava

¹³⁴⁸ Osman ORTASHI, Jaspal VIRDEE, Rudaina HASSAN, Tomasz MUTRYNOWSKI ve Fikri ABU-ZIDAN 2013, age, 14:42, <https://bmcomedethics.biomedcentral.com/articles/10.1186/1472-6939-14-42>. ET. 14.02.2021

¹³⁴⁹ Sakura YAHATA (2011), "A Study of Defensive Medicine in Japan", *İçinde, Applied Ethics*, Ed. Center for Applied Ethics and Philosophy, Published by Center for Applied Ethics and Philosophy, Hokkaido University, N10 W7, Kitaku, Sapporo, 060-0810, Japan, s. 175-185.

¹³⁵⁰ Mert KÜÇÜK (2018), "Defensive Medicine Among Obstetricians and Gynaecologists in Turkey", *Journal of Obstetrics and Gynaecology*, S. 38 (2), s. 200-205.

¹³⁵¹ Johan Christiaan BESTER 2020, age, s. 413-420.

¹³⁵² U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT (1994), *Defensive Medicine and Medical Malpractice*. OTA-H--602, Washington, DC: U.S. Government Printing Office.

¹³⁵³ Kerem YILMAZ 2014, age, s. 65.

¹³⁵⁴ N SUMMERTON 1995, age, s. 27-29.

¹³⁵⁵ Richard P BERGEN 1974, age, s. 1188-1189.

¹³⁵⁶ Yusuf AYNACI 2008, age, Konya-2007.

açılmış olan doktorlarla Temmuz 1999'da yapılan bir ankette, doktorların %82'sinin "daha kapsamlı kayıtlar tutarak" yanıt verdiği, %82'sinin "hastalara riskler hakkında daha fazla bilgi vermeye" başlamış olduğu ve %53'ünün "daha kapsamlı öyküler almaya" başladıkları tespit edildi.¹³⁵⁷

Savunma amaçlı tıbbi uygulamalar birçok biçimde olabilir, ancak, hasta çıkarları ve refahı üzerindeki göreceli etkilerine göre kabaca üç kategoriye ayrılabilir:

- 1) Hastayı ek fiziksel veya duygusal riske maruz bırakmayan ve finansal maliyeti önemsiz olan veya uygulamanın yan faydaları ile dengelenen uygulamalar,
- 2) Hastayı hemen hemen hiç fiziksel riske veya acıya maruz bırakmayan, ancak ek finansal maliyetler getiren, hastanın kaygı düzeyini artıran veya hastayı başka zararlara maruz bırakan uygulamalar,
- 3) Hastayı önemli ölçüde artan fiziksel, psikolojik ve finansal risklere maruz bırakan veya önemli kişilik haklarını ihlal eden uygulamalar.

Ne hastaya zarar veren ne de özünde etik dışı olan savunmacı uygulamalar birinci kategoriye girer. Örneğin, daha dikkatli, eksiksiz ve doğru grafik prosedürleri, ilerleme notları ve hemşire istemleri (order) iyi huyludur ve birçok olumlu ek fayda sunar. Benzer şekilde, genellikle bir savunma pratiği biçimi olarak belirtilen özenli bir tavır, çok az maliyetlidir ve hekim daha sık takipler yaparak ve hastanede yatan hastalarla daha doğrudan temas kurarak, doktor-hasta ilişkilerini ve hasta bakımını önemli ölçüde iyileştirebilir. Gelişmiş bilgilendirilmiş onam prosedürleri, iyi uygulamaların yanı sıra etkili risk yönetimi olarak da övülmüştür. Bu savunma uygulamaları, başlangıçta dava açılması korkusuyla hız kazanmış olsalar bile, genellikle etik olarak sorunsuzdur. Savunma uygulamasının ikinci kategorisi, hastaları çok az ilave fiziksel rahatsızlık veya tehlikeye maruz bırakır, ancak hasta ve üçüncü taraf ödeyen için finansal maliyeti önemli ölçüde artırır veya hastayı duygusal veya başka bir riske maruz bırakır. Savunma uygulamalarının çoğu olmasa da önemli kısmı muhtemelen bu kategoriye girer. Etik açıdan en sorunlu savunma uygulamaları üçüncü bir kategoriye girer. Bu savunma önlemleri, hastaları önemli ölçüde daha fazla rahatsızlığa, yaralanma riskine ve kaygıya maruz bırakmanın yanı sıra finansal maliyetlerini artıran uygulama kalıpları biçimini alır. Bunlar hem ek testler ve tedaviler hem de dava riski oluşturan ve hastaları hem fazla hem de yetersiz

¹³⁵⁷ David SCALAR ve Michae HOUSMAN 2003, age, s. 75-84.

tedaviyle tehdit eden tedavileri durdurma eğilimini içerir. Örneğin, görünüşte her yerde rastlanan bir malpraktis tehdidi altında çalışan bazı kadın doğum uzmanları, kimileri gereksiz olan daha fazla sezaryen doğumu önermekte ve gerçekleştirmektedir. Sezaryen doğumlar daha invaziv, maliyetli ve ağırlıdır, daha tehlikeli olabilir ve sıklıkla hastanın sonraki çocuklarının da benzer şekilde doğma olasılığını artırır.¹³⁵⁸

Savunmacı tıp, önemli bir oranda, bilinçsizce ortaya çıkabilir, yani, doktorlar başlangıçta sorumluluk endişelerinden gelişen ancak daha sonra geleneksel bir uygulama haline gelen uygulamaları izleyebilir. Hekimler, kişisel dava deneyimi, meslektaşlarının deneyimi, medya, risk yönetimi ve kalite güvence faaliyetleri ve yanlış uygulama sigorta primleri dahil olmak üzere çeşitli şekillerde yanlış uygulama sisteminden “sinyaller” alırlar. Bu “kötü uygulama sinyallerinin” hekim uygulamalarını etkileyip etkilemediği ve ne ölçüde etkileyeceği belirsiz olsa da hekimlerin sürekli olarak kendilerinin ve meslektaşlarının dava edilme riskini abarttıkları belgelenmiştir. Hekimler, davaların profesyonel, mali ve psikolojik sonuçları konusunda endişelidirler, ancak, dengede, bu etkilerin riskini de abartma eğilimindedirler. Uzmanlık eğitimindeki genç doktorlar, amirlerinden ve fakültelerinden açık veya örtük olarak savunma uygulamalarını öğrenmeye özellikle yatkın olabilirler. Lisansüstü tıp eğitimi böylece hem bilinçli hem de bilinçsiz seviyelerde defansif tıbbın sürdürülmesine yardımcı olabilir.¹³⁵⁹

Klinik uygulama kılavuzları, yasal bakım standardını açıklığa kavuşturarak öngörülebilir bir sorumluluk olmuştur. Tıbbi profesyonel topluluklar, birkaç yıldır klinik uygulama kılavuzları geliştirmektedir. 1989'da Kongre, tıbbi etkinlik araştırmalarını yürütmek ve ulusal klinik uygulama kılavuzlarını geliştirmek ve yaymakla görevli federal Sağlık Bakım Politikası ve Araştırma Ajansı'nı (AHCPR) kurdu. Kongre ve İdaredeki yüksek umutlara ve akademisyenler arasında klinik uygulama kılavuzları hareketi için süregelen coşkuya rağmen, kılavuzların tıbbi sorumluluk ve doktor davranışı üzerindeki etkisini bir dizi faktörün sınırlaması muhtemeldir. Hekim grupları tarafından geliştirilen klinik uygulama kılavuzları, mesleğin uygun gördüğü bakımın az çok özlü ifadeleri olduklarından, geleneksel uygulamaya dayanan yasal bakım standardının açık bir şekilde ilgili kanıtıdır.

¹³⁵⁸ Kenneth DE VILLE (1998), “Act First and Look Up the Law Afterward: Medical Malpractice and the Ethics of Defensive Medicine”, *Theoretical Medicine and Bioethics*, 1998, S. 19, s. 569–589.

¹³⁵⁹ U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT 1984, age.

Aslında, hastane bakımı için ulusal kılavuzların geliştirilmesi ve kabul edilmesi, bazı yargı bölgelerinde hastaneler için katı bir şekilde yerel bakım standartlarının terk edilmesi için itici güç sağlamıştır. Bununla birlikte hem hukuk sisteminden hem de kılavuzların kendisinden kaynaklanan faktörler, kılavuzların şu anda dava sürecinde oynadığı rolü sınırlandırmaktadır.¹³⁶⁰

Özetle, beklenen bakım standardı şu şekilde ifade edilebilir:

1) Bakım standardı, saygın bir profesyoneller kurulu tarafından kabul edilen uygulamaya uygun olmalıdır. Güncel bilgi ve güncel uygulama olması beklenmektedir,

2) Bakım standardı, bir raporda ve mahkemede çapraz sorgu altında bir bilirkişi tarafından ifade edilir,

3) Tıbbi görüşlerin farklı olması bakım standardını ortadan kaldırmaz,

4) Bakım standardı makul ve mantıklı olmalıdır,

5) Akıl ve mantık testi, tüm gerçekleri göz önünde bulundurarak eksiksiz olması gereken bir akıl yürütme sürecini içermeli ve varılan sonuç akılla savunulabilir olmalıdır.¹³⁶¹

“Yasal Bakım Standardı” bağlamında, bir tabibin tıbbi uygulama hatası yaptığını kanıtlamak için, davacı aşağıdakileri ispat etmelidir:

1) Sağlayıcının (tabibin) hastaya bakım borcu olduğunu,

2) Sağlayıcının (tabibin) belirli koşullar altında o uygulayıcı için geçerli bakım standardını karşılayan bakımı sağlamayarak bu görevi ihlal ettiğini,

3) Hastanın tazmin edilebilir zarara uğraması,

4) Bu zararların yakın nedeninin tabibin görevi ihmali olduğu.

Belirli bir durumda geçerli bakım standardı, uzman tanıklığıyla belirlenir. Hem davacı hem de savunma avukatı, hastanın durumunda uygun bir bakım düzeyini neyin oluşturduğuna ve davalı doktorun bu standardı ihlal edip etmediğine dair tanıklık yapan bilirkişi tanıklarını kürsüye çağırır. Uzman ifadesi, tanıkların kendi deneyimlerinin yanı sıra literatür bilgilerine (ders kitaplarını, dergi makalelerini veya klinik uygulama kılavuzlarını içerebilir) dayanır; bu nedenle mahkemeler, bir

¹³⁶⁰ Age.

¹³⁶¹ THIRUMOORTHY T (2011), “Understanding Medical Negligence and Litigation-Basics for the Medical Professional”, *SMA News*, s. 12-13, <https://news.sma.org.sg/4302/Negligence.pdf>. E.T. 02.12.2022

hekimin bir hastaya karşı ödevinin kapsamını belirlemede belirli bir nesnel veya standarttan ziyade tıp mesleğini göz önüne alırlar.¹³⁶²

Nispeten yakın zamana kadar, yasal bakım standardı kesinlikle yerel bir standart olarak ifade edildi: Bir doktor, aynı mahallede, aynı genel çizgide iyi durumda olan doktorlar ve cerrahlar gibi makul ve sıradan bir bakım, beceri ve özen göstermek zorundadır. Günümüzde çoğu yargı bölgesi, tıp uzmanları için davacıların ve davalıların kendi bölgeleri dışından uzman tanıklara erişmesine izin veren ulusal bir standart uygulamaktadır. Spesifik standart eyaletten eyalete değişir. Bazı yargı bölgelerinde, standart, durumsal kaynak kısıtlamalarını kabul eder; örneğin, bir uygulayıcı, hiçbir olanak mevcut değilse, bir manyetik rezonans görüntüleme çalışmasını gerçekleştirememekten sorumlu tutulamaz. Geleneksel standart kapsamındaki ek güvenli limanlar, saygın bir uygulayıcı azınlığı tarafından takip edildiği sürece mesleki normdan sapan uygulamalara izin veren “saygın azınlık” kuralıdır ve iki veya daha fazla meşru tedavi yöntemi arasında seçim yapan bir doktoru koruyan “yargıda hata” kuralıdır.¹³⁶³

23420 sayılı ve 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği’nde düzenlenen hakların sağlık hizmetleri sunucuları tarafından ihlali halinde yönetmeliğin 42. maddesine göre hastanın her türlü dava, şikâyet ve müracaat hakkının mevcut olduğu da hüküm altına alınmıştır. Nitekim adı geçen hakların birçoğunun ihlali aynı zamanda hasta üzerinde maddi ve manevi zararlar oluşturabilecek ya da Türk Ceza Kanunu’na göre suç unsurları taşıyabilecek özelliklere sahiptir.¹³⁶⁴ Yönetmeliğin lafzından anlaşılan, hakkın ihlal edildiğinin tespiti halinde, ihlale sebebiyet veren personel ortada hiçbir zararın ya da suç unsurunun bulunmaması durumunda dahi, salt ihlalin varlığı nedeniyle disiplin soruşturmasından geçirilerek idari cezalar alabilecektir. Söz konusu içerik dahilinde sağlık hizmetlerinin sunumunda hukuki değerlendirme yapılması gerektiği zaman ilk önce gözden geçirilecek yer hasta hakları yönetmeliği olup, herhangi bir ihlal ihtimali aynı zamanda hukuki ve cezai sorumluluğunu varlığını da tespiti yardımcı olacaktır.¹³⁶⁵ Tıbbi ihmali ne oluşturur?

1) Bir özen borcu vardır. Davacı, doktor veya hastanenin kendisine hasta olarak bir bakım görevi borçlu olduğunu göstermelidir,

¹³⁶² U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT 1984, age.

¹³⁶³ Age.

¹³⁶⁴ Turan YILDIRIM (2007), “Hasta Hakları”, *İçinde, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu-I*, Marmara Üniversitesi, İstanbul, s. 116-122.

¹³⁶⁵ Kerem YILMAZ 2014, age, s. 66-67.

2) Bakım yükümlülüğünün ihlali söz konusudur. Uygulanan bakım standardı yasal standardın altındadır.

3) Nedensellik/illiyet bağı vardır. Yaralanma, doğrudan veya önemli ölçüde görev ihlalden kaynaklanmıştır.

4) Hasar/zarar vardır. Hasta, görevi ihmal nedeniyle yaralanmıştır.¹³⁶⁶

3.3.5.3. Negatif Savunmacı Tıp Uygulamalarından Doğan Cezai Sorumluluk

Bir fiilin suç olduğu iddiası ile cezalandırılabilmesi için, en basit ifadesiyle o fiilin hukuka aykırı, kusurlu ve karşılığında yasalarda ceza öngörölmüş bir eylem olması gerekmektedir. Bu çerçevede suçların irdelenmesi tarihsel çerçevede, suçun unsurlarına ayrılması biçiminde meydana gelmiştir. Bu bağlamda eylem, yasada belirlenmiş bir suç tanımına açıkça uygun olmalı, eylemin iradi bir hareket şeklinde, dış dünyada bir netice meydana getirmesi ve hareketle netice arasında bir nedensellik bağı olması gerekmektedir, bu eylemin aynı zamanda başka bir hukuk normuyla hukuka uygun görülmemiş olması gerekmektedir. Son olarak ise ortada iradi davranışın faile yüklenebilmesi yani kusur unsurunun olması gerekmektedir. Savunmacı tıp uygulamaları çerçevesine giren eylemler bağlamında da hekimin cezai sorumluluğunu tespit etmek için aynı yöntemi uygulamak gerekmektedir. Burada dikkati çeken husus ise eylemin türüne göre uygulanacak ceza hükümlerinin, aynı zamanda tıbbi uygulama hatası iddialarında irdelenen hükümlerle neredeyse paralellik göstermesidir.¹³⁶⁷

Savunmacı tıp uygulamaları bağlamında, hekimler, bu davranışlara yönelerek görevlerinin gereğini yerine getirmemekte ya da ihmal etmektedir. Dolayısıyla kamu personeli olan hekimler bağlamında, defansif tıbbi davranışlar ilk etapta 5237 Sayılı Kanun'da yer alan görevi kötüye kullanma suçu içerisine girebilecektir.¹³⁶⁸

Negatif defansif tıbbi uygulamalar çerçevesinde, davranışın gerçekleştirilmesi ile hastanın mağdur olması unsuru daha göze batar biçimdedir. Nitekim karmaşık medikal problemleri olan hastalardan kaçınma, agresif ve şikâyet etme ihtimali yüksek olan hasta ve hasta yakınlarından kaçınma, riskli hastaları sevk etme eylemi hastanın vücut bütünlüğüne zarar getirmese dahi, zamansal, mali ve hizmetin alımı açısından hem gecikmeye hem de mağduriyete sebep olma ihtimalini yüksek bir

¹³⁶⁶ T THIRUMOORTHY 2011, age, s. 12-13.

¹³⁶⁷ Kerem YILMAZ 2014, age, s. 79-80.

¹³⁶⁸ Age, s. 80.

şekilde taşımaktadır. En basit anlatımıyla, hastanın bu sebeplerle, hastane hastane gezdirilmesi, hastane içinde servisler arası sürekli bir şekilde gidip gelmesi, ya da bir başka hekimi beklemesi hem elem ve ızdırabını arttıracak hem de sağlık hizmetine ulaşımı kısıtlanacak ya da hizmet alım süresi uzayacaktır. Bu meyanda da hekimin fiili neticesinde 257. madde uygulanma alanı bulabilecektir.¹³⁶⁹

Tabibin en temel görevi ve hastanın en doğal hakkı imkanlar dahilinde en iyi bakım, muayene ve tedavi üçgeni olup tabip ayrıca, uygulamalarında ilk önce hastasının sağlığını ve tıbben iyi olma halini gözeterek hareket etme yükümlülüğü altındadır.¹³⁷⁰ Tabipler elbette ki, mesleklerini yerine getirirken kendi yasal durumlarını ve karşılaşacağı muhtemel sorumlulukları hesap etme hakkına sahiptir. Fakat bu gözetme eylemi, tıbbın uygulanması sırasında olağan ya da olması gereken davranışlardan sapmaya bürünmesi halinde öncelikle etik, eylem neticesinde hastanın maddi ya da manevi (ki bunun içerisine mali ve zamansal varlıklar da girer) bütünlüğüne zarar vermeye dönüşmesi halinde ise hem etik hem de yasal aykırılıkların oluşacağı da bir gerçektir. Defansif tıbbi uygulamalar, işte bu düzlemde, tabibin bireysel bakış açısıyla mesleki etik bakış açısı arasındaki hassas çizgiyi de oluşturmaktadır. Nitekim defansif amaçla hareket edilerek hastanın vücut bütünlüğünün bozulması Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 12. maddesinde yer alan tıbbi gereklilikler dışında müdahale yasağını ihlal edecektir. Tabip teşhis, tedavi ve bakım maksadı dışında herhangi bir müdahale yapmaya ehliyetli değildir.¹³⁷¹

Negatif defansif tıbbi uygulamalar içerisinde sayılan hastadan kaçınma eylemi, yasal nedenler, hekimin imkanları ve uzmanlık alanı nedeni ile hastaya bakamamasını ayırık tutan ve imkanları ile yeterliliği olduğu halde hastaya bakmamasını niteleyen davranışlardır. Hekim bu uygulamalarda etik dışı bir şekilde tamamen kendi özel konumunu düşünerek hastaya bakmaktan kaçınmaktadır. Bu uygulamalar ile daha ilk baştan, hekim, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5. maddesinin c bendinde yer alan, hastanın hiçbir ayırım gözetilmeden sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını açıkça ihlal etmektedir.¹³⁷²

Negatif savunmacı tıp uygulamaları arasında yer alan hekimin karmaşık medikal problemleri olan hastaya bakmaktan kaçınması durumunda evvela hekimin

¹³⁶⁹ Age, s. 81.

¹³⁷⁰ A FREEDMAN (1993), "The Physician-Patient Relationship and the Ethics of Care, *Can Med Assoc J*, S. 148, s. 1037-1043.

¹³⁷¹ Kerem YILMAZ 2014, age, s. 67-68.

¹³⁷² Age, s. 76.

yeterliliği, endikasyon alarak durumu çözüp çözemeyeceği ve sair girişimlerle hastaya bakma imkanını olup olmadığı yönünde bir araştırma yapılması gerekmektedir. Eğer hekim bu imkanlara rağmen hastaya bakmaktan kaçınmışsa ve olası kötü neticenin sorumluluğundan çekinmekte ise, öncelikle hastanın sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkını ihlal etmektedir. Hastanın kompleks medikal problemlere sahip olması yani diğer hastalardan farklı bir durum içerisinde olması nedeniyle bir nevi, ayrımcılık da yapılmış sayılacak ve buradan hareketle, Yönetmeliğin 5. maddesinde yer alan herhangi bir farklılığa sahip olma nedeniyle sağlık hizmetlerinden hızlı ve etkili bir şekilde yaralanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Hastaya bu sebeple bakmaktan kaçınma aynı zamanda Yönetmeliğin 6. maddesinde yer alan, sağlık hizmetlerinden hakkaniyete uygun olarak yararlanma hakkının da ihlaline sebep olacaktır. Bu durum aynı zamanda tıbbi özenin yeterince gösterilmediği anlamına da gelecektir. Bu meyanda Yönetmeliğin 14. maddesinde düzenlenen tıbbi özenin gösterilmesi hakkı da hekim tarafından ihlal edilecektir. Hekimin hastaya bakmaktan kaçınması durumunda doğal olarak hastayı ya başka sağlık kurumuna sevk edecek ya da bir başka hekimin bakmasını sağlayacaktır, bu esnada geçen zaman zarfı nedeniyle hasta bedensel zarara uğrar ya da hayatını kaybederse hekim hastanın en temel hakkı olan yaşama hakkını ihlal etmiş sayılacaktır.¹³⁷³

Negatif savunmacı uygulamada, hekim, elinde hastaya bakma imkânı olduğu ya da bakma yeterliliğine sahip olduğu halde, hastanın içinde bulunduğu durum veya hastadan kaynaklanan sebeplerden dolayı kendisinin yasal sorumluluk riski ile karşı karşıya olabileceğini sezdiği için pasif davranmakta ya da reddetme durumu içinde olmaktadır.¹³⁷⁴⁻¹³⁷⁵

Negatif savunmacı tıp uygulamalarını iki farklı uygulama başlığı altında toplayabiliriz: 1) *Sağaltım Olanığı Olduğu Halde Riskli Hastaları Sevk Etme ve Tedaviden Kaçınma*: Hekimin hem yasal hem de etik açıdan en önemli görevi, sorumluluğu altındaki hastaya imkanları dahilinde hiçbir ayırım ve koşul gözetmeden sağlık hizmeti sunmaktır. Negatif savunmacı tıbbi uygulamalar içerisinde sayılan hastadan kaçınma eylemi; kanuni nedenler, hekimin olanaksızlığı ve uzmanlık alanı

¹³⁷³ Age, s. 78-79.

¹³⁷⁴ N SUMMERTON 1995, age, s. 27-29.

¹³⁷⁵ David M STUDDERT, Michelle M MELLO, William M SAGE, Catherine M DESROCHES, Jordon PEUGH, Kinga ZAPERT ve Troyen A BRENNAN 2005, age, s. 2609-2617.

dışında bulunma sebebi ile hastaya bakmaması halleri hariç, yerel olanakları ile yeterliliği olduğu halde hastaya hizmet vermemesi şeklindeki davranışlardır. Hekim bu uygulamalarda etik dışı bir şekilde tamamen kendi özel konumunu düşünerek hastaya bakmaktan kaçınmaktadır. Bu uygulamalar ile daha ilk baştan hekim Yönetmeliğin 5. maddesinin c bendinde yer alan, hastanın hiçbir ayırım gözetilmeden sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını açıkça ihlal etmektedir.¹³⁷⁶ 2) *Tıbbi Yönden Karmaşık Sorunlu Hastalardan ve Yüksek Karmaşım Oranlı Tanı Sağaltımlardan Kaçınma*: Karmaşık tıbbi sorunlu hastalarla karşılaşmak uzmanlık alanlarına göre değişkenlik gösterebilse de her hekimin muhakkak surette yaşayacağı bir durumdur. Sağaltım olanakları bağlamında da yine günümüz tıbbının gelişmişliği ile koşut olarak geride bıraktığımız yüzyıl içinde pek çok yenilik keşfedilmiş olmasına karşın bu yöntemlerin (cerrahi müdahalelerden başlayarak kullanılan ilaçlara kadar) kimileri hastada çeşitli karmaşımalar oluşturma riski taşımaktadır. Hekim, yeterli olanağa sahip olmasına rağmen, hastaya bakmaktan kaçınmışsa ve olası kötü neticenin sorumluluğundan çekinmekte ise, öncelikle hastanın sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkını ihlal etmektedir. Hastanın karmaşık tıbbi sorunlarının bulunması yani diğer hastalardan farklı bir durum içerisinde olması nedeniyle bir nevi ayrımcılık da yapılmış sayılacak ve buradan hareketle, Yönetmeliğin 5. maddesinde yer alan herhangi bir farklılığa sahip olma nedeniyle sağlık hizmetlerinden hızlı ve etkili bir şekilde yararlanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Hastaya bu sebeple bakmaktan kaçınma aynı zamanda Yönetmeliğin 6. maddesinde yer alan, sağlık hizmetlerinden hakkaniyete uygun olarak yararlanma hakkının da ihlaline sebep olacaktır. Bu durum aynı zamanda tıbbi özenin yeterince gösterilmediği anlamına da gelecektir. Bu meyanda Yönetmeliğin 14. maddesinde düzenlenen tıbbi özenin gösterilmesi hakkı da hekim tarafından ihlal edilecektir. Komplikasyon ihtimali yüksek tedavilerden kaçınma uygulamasında ise durum şu şekilde ele alınmalıdır: Ortada başka bir yol ve çare bulunmamasına karşın hekimin o sağaltım yöntemini uygulamaktan kaçınması biçiminde tezahür eder. Hekimin o yöntemi uygulamaması neticesinde hasta zarara uğrarsa (ki bu tedavi yöntemi uygulansa dahi aynı sonuç çıkacak olsa bile) hekim hastanın yaşama ve sağlık hakkını ihlal etmiş olacaktır. Söz konusu tedaviden neticeleri nedeniyle kaçınma hem

¹³⁷⁶ Kerem YILMAZ 2014, age, s. 76-77.

Yönetmeliğin 11. Maddesinde yer alan tıbbi gereklere uygun tedavi hem de 14. maddede yer alan tıbbi özen gösterilmesi hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır.¹³⁷⁷

Kanaatimce, savunmacı tıp uygulamaları, esasen iyi hekimlik ve hekimlik meslek etiği ilkeleri ile tezat teşkil eder. Hekimler savunmacı tıp uygulamalarına yönelerek görevlerinin gereğini yerine getirmezler ya da ihmal ederler. Ceza sorumluluğu bağlamında ele alındığında, bu durum, kamu personeli olan hekimler özelinde, daha ilk aşamada 5237 Sayılı TCK'da yer alan görevi kötüye kullanma suçu (m.257) kapsamında değerlendirilebilecektir. Karmaşık tıbbi sorunlu hastalardan kaçınma, saldırganlık eğilimli ve şikâyet etme olasılığı yüksek olan hasta ve hasta yakınlarından uzak durma, göreceli riskli hastaları sevk etme şeklindeki eylemler ilkin hastanın vücut bütünlüğüne zarar getirmese bile, çeşitli kayıplara (maddi ve manevi) ve mağduriyetlere sebep olabilir. Bu uygulamalar yüzünden hasta belki de birkaç hastane arasında gereksiz yere dolaştırılacak, zaman yitirilecek ve gereksiz yere hastanın sağlık hizmeti alması gecikmiş olacaktır. İşte bütün bu savunmacı tıp uygulamaları neticesinde, hekim bakımından, TCK m.257 kapsamında bir suç ortaya çıkmış olabilecektir.

Eski Türk Ceza Kanunu bağlamında, görevi ihmal suçu, kastî bir suç olup TCK'nın 230. maddesinde düzenlenmişti. Bu madde hükmüne göre, görevi ihmal suçunun oluştuğunu kabul edebilmek için, suçlu faili memur olmalı ve "görevini yapmaması" veya "geç yapması" söz konusu olmalıdır. Görevi ihmal suçunun oluşabilmesi için, memurun yapmama veya geciktirme, şuur ve iradesinin mevcudiyeti bulunmalıdır.¹³⁷⁸ Örneğin, bir hükümet tabibinin kendisine kontrol için

¹³⁷⁷ Kerem YILMAZ 2014, age, s. 77-79.

¹³⁷⁸ Y2CD, E: 1994/738, K: 1994/2971, T: 8.04.1994, Kazancihukuk.com, <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeWxRb!9Nrju6A~~&=0.50551600659351>. E.T. 06.11.2022 [Toplanan deliller ve Yüksek Sağlık Şurası'nın 21.12.1992 gün ve 176 sayılı raporundan; 33 yaşında ve 2 yıl kısırılık tedavisi görerek gebe kaldığını açıklayan Şemsat'ın riskli grupta sayılması gerektiği, son adet tarihi 15.2.1991 olması sebebiyle muhtemel doğum tarihinin 25.11.1991 olduğu, 4.12.1991 tarihine göre doğum gününün geçtiği, bu nedenle takipte ve hastaneye yaptığı ilk iki başvurusunda tedbir alınıp ileri tetkikler yaptırılarak gerekli olan doğum şeklinin acilen ayarlanması gerektiği, buna rağmen 2.12.1991 günü saat 5.05 ve 21.55`de iki kez sancılı olarak başvurduğu halde bu gereğin yerine getirilmediği, bu aşamalarda bebeğin canlı olduğu 3.12.1991 günü saat 9.35 deki üçüncü başvurusunda ise doğumun başladığı, ancak çocuk kalp seslerinin alınamadığı ve ana karnında öldüğünün belirlenmesi TCK'nın 455/ 1. maddesinde, taksirle bir kimsenin ölümüne sebebiyet verilmesi suç olarak düzenlenmiş olup, (kimse) sıfatının, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazanılması yukarıda açıklandığı gibi bebeğin doğumun başladığı sırada ana karnında ölmesi sebebiyle (kimse) sayılamayacağı cihetle, eylemin bu madde kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmaması nazara alınarak sanıkların (takipte ve sancılı geldiği zaman ileri tetkikleri yaptırmayıp acilen müdahale etmemek) şeklindeki

gönderilen bir hastaya, muayene etmeden rapor düzenlemesi görevi ihmal suçunu oluşturur.¹³⁷⁹

Kaçınma ve ihmal biçiminde olan negatif defansif tıbbi uygulamalarda, suçun tipikliği açısından değerlendirilmesi gereken bir başka husus ise TCK m.83'te düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesidir. Eğer hekim negatif defansif davranışlarla hastaya bakmaktan kaçınır ve hasta hayatını kaybederse ihmali davranışla adam öldürme suçu işlenmiş sayılır. Hekim bu yükümlülüğünün gereği olan icrai davranışta bulunmaması sonucunda hastanın ölebileceğini öngörmüş ise olası kastla ya da net bir şekilde biliyorsa kastla, objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörememişse, taksirle işlenmiş öldürme suçundan yükümlü tutmak gerekecektir.¹³⁸⁰ Hastanın ölmesi veya yaralanması için kasten ihmali davranışta bulunan sağlık personeli açısından TCK m.83 ve m.88 uygulanacak, ancak hastanın ölmesini veya yaralanmasını istemediği halde, ihmali bir davranışı olan sağlık personeli hakkında TCK m.85 veya m.89 mevzubahis olacaktır. Bir kimsenin ihmali davranışla kasten öldürmeden sorumlu tutulması için bazı ek koşullar gerekir. Bu ek unsurların başında “garantörlük/teminat yükümlülüğü gelir. Buna göre, “hareketsiz kalan bir kimseyi neticeden dolayı hukuken sorumlu tutmaya müsaade eden yakın ilişkiye garantörlük adı verilmektedir. TCK m.83'e göre, garantörlük, bir kanun hükmünden, sözleşmeden veya öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanabilir. Hekimlerin kanundan kaynaklanan yükümlülüğü Hususi Hastaneler Kanunu'nun 32. maddesinden, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 57. maddesinden veya hükümet ve belediye tabipleri ile ebeler bakımında Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 154. maddesinden doğmaktadır. Hekimler, ikinci olarak sözleşmeden dolayı garantör olabilirler. Resmi görevi bulunmayan veya acil bir durumla karşı karşıya bulunmayan hekim de açık veya örtülü bir sözleşme ile hastanın tedavisini gönüllü olarak üstlenmek suretiyle garantör haline gelir. Böylelikle, bir hekim kamu görevlisi olmasa veya hastanın acil bir durumu olmasa bile hastanın ölümü için kasten tıbbi müdahaleyi yapmadığı takdirde TCK m.83 yüzünden sorumlu

hareketlerinin Aynı Kanunun 230. maddesi yönünden tartışılması ve buna göre hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması,
Bozmayı gerektirmiş, sanıklar vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan aleyhe bozma yasağı gözetilmek suretiyle hükmün bu sebepten dolayı isteme aykırı olarak (BOZULMASINA), oybirliğiyle karar verildi.]

¹³⁷⁹ Yüksel ERSOY 2004, age, s. 161-190.

¹³⁸⁰ Hasan Tahsin GÖKCAN (2009), “Tıp Uygulayıcılarının Ceza Sorumluluğu ve Yargıtay Kararları”, *İçinde, II. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İstanbul, s. 121.

tutulabilecektir. TCK m.83 bakımından garantörlüğü doğuran üçüncü durum ise “öngelen tehlikeli eylem” durumudur. Hekim, hastanın hastalığının teşhisini üstlendikten sonra, bu hususta acil ve güvenilir tedbirleri almak, görevli olması halinde gece hasta ziyareti yapmak durumundadır. Hekime sadece danışma halinde ise garantörlük yükümlülüğü doğmaz. Hastanın hastaneye yatırılmasından sonra, ilgili klinik hekimi onun yaşamı bakımından garantör durumundadır. İcap nöbeti tutan hekimlerin de garantör olduğu hususunda tereddüt yoktur.¹³⁸¹

Yurtlu’ya göre; görünüşte ihmali suçların fiil unsurunun tespitinde, ceza muhakemesi bakımından dikkat edilmesi gereken bazı mühim hususlar vardır. İcrai suçlara ilişkin ceza muhakemesinde, failin hangi tipik davranışı yaptığı ispatlanırken; görünüşte ihmali suçlara ilişkin muhakemede “tipik neticenin önlenmesi bakımından failin neyi yapmadığı” tespit edilmeli ve ispatlanmalıdır. Bu sebeple, salt olarak sanığın “pasif” kaldığının tespiti, ceza sorumluluğuna gitmek için yetmez. Bir başka ifadeyle, görünüşte ihmali suçlarda sorumluluk için yalnızca, “bu somut olay bakımından fail bir şeyler yapmalıydı” demek yeterli olmayacaktır. Failin, kurtarmaya elverişli olan hangi davranışı yapmadığının da yargılama makamı tarafından tespit edilmesi gerekir. Bununla birlikte, davranışın ihmali olması, ceza muhakemesi bakımından ispat yükümlülüğünü sanık tarafına geçirmeyecektir. İhmali bir suça ilişkin muhakemede sanık, “neticeyi engellemek için elinden gelen her şeyi yaptığını veya elinden hiçbir şey gelmediğini” ispatlamakla yükümlü değildir. Tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi iddia makamı, yapması mümkün olduğu halde istenmeyen neticeyi engellemeye muktedir hangi davranışı yapmadığını sanığa isnad etmeli ve bu davranışın yapılmadığı yargılama makamı tarafından sübuta erdirilmelidir. Örneğin; “yüzerek yardım etmedin”, “cankurtarana haber vermedin”, “gereken tıbbi müdahaleyi yapmadın” gibi, somut olayla doğrudan bağlantılı bir ihmali davranış şüpheliye/sanığa isnad edilmeli ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde kanıtlanmalıdır. ...Görünüşte ihmali suçlar, çok büyük oranda “serbest davranışlı suç” özelliği göstermektedir. Bu nedenle yapılması gereken davranışlardan herhangi birinin yapılmaması, failin cezalandırılması için yeterlidir.¹³⁸²

¹³⁸¹ Hakan HAKERİ (2022), “Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi”, *İçinde, Tıp Ceza Hukuku*, Ed. Hakan HAKERİ (2022), Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 90-101. (Bizdeki durumdan farklı olarak, Common Law’da kişilerin tehlikede olan bir kimseye, sonuçta ölecek olsa bile yardım yükümlülüğü öngörülmemiştir. Bunun dışında, acil durumlarda da olsa, aralarında profesyonel hasta-hekim ilişkisi olmayan bir kimseye yardım yükümlülüğü hekimler bakımından da öngörülmemiştir.)

¹³⁸² Fatih YURTLU 2021, age, s. 581-638.

Tabibin acil hallerde ve zorunluluk durumunda gerekli tıbbi yardımı yapmaması sebebiyle disiplin sorumluluğu, tazminat sorumluluğu ve cezai sorumluluğu bulunmaktadır. Hasta ile veya kazazede ile ilgilenmeyerek zararlı sonuca sebebiyet veren tabibe karşı maddi ve manevi tazminat davası açılabilir. Tabibin mesleği gereği yükümlü olduğu acil tıbbi yardımı kasten yapmaması veya kasten geciktirmesi neticesinde hasta ölmüşse tabip hakkında TCK m.83 gereğince (kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi) cezai müeyyide tatbik edilebilecektir.¹³⁸³

¹³⁸³ Neriman ÖZDEMİR 2019, age, s. 198-224.

BÖLÜM IV

SON DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

“Toplumsal düzen kuralları” olarak ifade edebileceğimiz ve modern toplum yaşamının düzenlenmesinde ve korunmasında rol oynayan çeşitli kurallar vardır. Bu kurallar, umumiyetle, din kuralları, ahlak kuralları, örf ve âdet kuralları, görgü kuralları ve hukuk kuralları başlıkları altında toplanır. Hukuk kurallarının öteki toplumsal düzen kurallarından en belirgin farkı arkasında kamu gücünün bulunması ve bu kurallara uyulmadığı takdirde kişinin uyması yönünde devletin zorlayıcı bir güç uygulamasıdır. Sorumluluk kavramı ise ceza hukukunda çok büyük önem taşımakta ve esasen ceza hukuku ile de anlam kazanmaktadır. Doğal olarak, topluluk halinde yaşamın getirdiği bir takım davranış kuralları açısından kişilere sorumluluk yüklenir ve toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi için de bu sorumlulukların yerine getirilmesi beklenir. Bu temel kaidenin getirdiği bir netice olarak, kişiler, ceza kanunlarında yer alan kuralların yüklediği görevleri yerine getirmediğinde, ceza hukuku yaptırımları ile karşı karşıya kalırlar. Cezai sorumluluk, bireylerin iradi olarak meydana getirdiği hukuka aykırı eylemlerin ceza hukuku bakımından çeşitli yaptırımlara tabi olmasıyla ilişkilidir. Türk ceza hukuku bakımından kusurluluk ilkesi esastır. Dolayısıyla, cezai yaptırımın, ancak kusurluluk ilkesi kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmelidir. Çünkü bir kişinin cezai sorumluluğunun söz konusu olması ancak bu kişinin kusurlu olarak hareket etmesi koşuluyla mümkündür. Bu bakımdan kusur, cezai sorumluluğun esasını oluşturan vazgeçilmez ilkelere dendir.

“Suç” ve “ceza”, insanlık tarihinin en eski zamanlarından beri bilinen ve üzerinde tartışılan kavramlardır. İnsan olan her yerde zaman zaman suçlar işlenmiş ve bu suçlara karşılık cezalar takdir edilerek uygulanmıştır. Birtakım eylemler belli bir zaman diliminde suç olarak belirlenmiş iken başka dönemde suç olmaktan çıkarılmıştır. Eski zamanlardan beri umumi olarak kabul gören yaklaşım suçların icrai bir davranış ile işlendiği yönündedir.

Suçların esas itibariyle icrai olarak işlenebileceği hususu Türk ceza hukuku öğretisinde de eskiden beri yerleşik olan görüştür. Yine Türk ceza hukuku öğretisi nezdinde bazı suçların ihmali olarak işlenebileceği de bir hakikattir. Genel olarak icrai ve ihmali suçlar olarak sınıflandırılmakla birlikte bazı yazarlar suçları sıralarken üçlü bir ayrıma giderler: İcrai suçlar, ihmali suçlar, icra suretiyle ihmali suçlar. Öğretide, ihmali suçların kendi arasında gerçek (saf) ihmali suçlar ve görünüşte (nitelikli, garantörsel) ihmali suçlar olarak ikiye ayrıldığını görmekteyiz. İcrai suçlar bakımından, suçun nasıl işlendiğinin, suçun çerçevesinin ne olduğunun izahı pek de zor değildir. Ortada hemen herkesin anlayabileceği bir icrai davranış bulunmaktadır. İhmali suçlar konusunun açıklanması ve anlaşılması ise o kadar da basit değildir. Zaten öteden beri üzerinde daha az durulan bir saha olmuştur. İhmal kavramı ile neyin kastedildiği, ihmalin mahiyetinin ne olduğu konularının açıklanması gerekir. İhmali davranışın nasıl bir davranış olduğu ve ortada bir icra (yapı) fiili olmaksızın ihmal (durgu) durumunun neden cezalandırıldığı hususunun izahı ilkine kıyasla oldukça güçtür.

Esasen, bir icrai hareketin varlığını kavrayabilmek için bir normun bulunmasına gerek bulunmaz. İnsan bedeninden etkin biçimde kaynaklanan davranışlar icrai davranıştır. Ceza hukukunda, icrai davranış, yasaklanan bir davranışın gerçekleştirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu yüzden, biz, bir icrai davranışın varlığını salt gözlem yoluyla saptayabiliriz. Fail, bir suçu icrai davranışla işlemek isterse, etkin bir davranışta bulunması gerekir. Eğer, bahse konu olan suçu işlemek istemez ise tamamen hareketsiz kalması, herhangi bir davranışta bulunmaması yeterlidir. Buna karşın, bir ihmali davranışın var oluşu, ancak ve ancak o halde ihmal gösterilmemesi yönünde açık bir hukuk normunun bulunması durumunda anlaşılabilir.

Kriminoloji bilimi gözüyle baktığımızda, suç, toplumsal düzene karşı yıkıcı, bozucu bir eylemde bulunmak olarak ve anti-sosyal davranış şeklinde görünür. Daha açık bir ifadeyle, kanunun tanımladığı tipik icrai davranışta bulunan kişi toplumsal düzene karşı bir harekette bulunmuş demektir ve bu eylemi sebebiyle de bahsi geçen suçu işlediği kabul edilir. Böyle bir anti-sosyal bir davranışta bulunduğu için kanunca belirlenmiş ceza ile tecziye edilir.

İhmali suç sahasına geldiğimizde ise konu bu denli basit anlatılamaz. İhmali bir durum sergileyen, başka bir deyişle durgu hali gösteren, kısacası hiçbir şey

yapmayıp hareketsiz kalan kişinin bir suç işlediğinin iddia edilmesi ve bundan dolayı cezalandırılmak istenmesi çok farklı bir mesele olarak görünür. Söz gelimi, çok bilinen bazı örnekler olarak, yenidoğan bebeğine gıda vermeyen annenin, denizde boğulmakta olan çocuğunu kurtarmak için harekete geçmeyen iyi yüzücü babanın, ölümcül bir hastalığa yakalanmış ve durumu aciliyet gösteren hastasına tıbbi müdahalede bulunmayan hekimin, soğuktan donacağını bildiği halde yatalak haldeki eşini, anne veya babasını yerleşim yerlerinden bütünüyle uzak, ıssız bir yerde korunmasız şekilde ve aç-susuz bırakan kişinin ortaya koymuş oldukları ihmal (durgu) durumu gözümüzün önündedir. Bütün bu örneklerde geçen ihmal durumu içinde bulunan kişilerin bu durgu halinde ve tamamen hareketsiz kalmak suretiyle olumsuz-zararlı bir sonuca sebep oldukları bellidir ancak örneklerde bahsi geçen kişilerin herhangi bir icrai davranışta bulunmadıkları da açıktır. O halde, ortada icrai bir davranış olmamasına karşın ihmali davranışın cezai sorumluluğa yol açması için başka türlü bir hukuki düzenlemeye ihtiyaç olduğu anlaşılır.

Günümüzde, modern suç kuramları, esas olarak kasten gerçekleştirilen icrai davranışlar üzerine inşa edilmektedir. Taksirli ve ihmali davranışlar istisna olarak yani kanunda açıkça yazılmış olması kaydıyla ele alınırlar. Tarihe baktığımızda da genellikle ihmali davranışla işlenen suçların icrai davranışla gerçekleştirilenlere kıyasla arka planda kaldığını görürüz. Çünkü, eski zamanlarda, üretim teknikleri basitti, trafik yoktu, elektrik yoktu, büyük tahribat yapan patlayıcı maddeler yoktu ve sosyal-ekonomik hayat çok daha basit örülmüştü. Oysa günümüzde bilim ve tekniğin ilerlemesi, teknolojinin yeni aletler ve ürünler ortaya çıkarması, iletişimin gelişmesi ve denizde-havada-karada çeşitli ulaşım olanaklarının mevcut olması yepyeni tehditlerin varlığını gündeme getirmiştir. Teknolojik gelişmeler kimi daha az kimi daha çok olmak üzere tehlikeli araçları ortaya çıkarırken sosyal ve ekonomik hayat giderek daha karmaşık bir vaziyete evrilmiştir. Doğal olarak, bütün bu değişimler ihmali davranışla gerçekleştirilen eylemlerden doğan sorumluluğun sahasının genişlemesine yol açmıştır. Günümüzün giderek karmaşıklaşan ve tehlikelilik sahalarının çoğaldığı dünyasında ihmali davranışlardan kaynaklanan sorumluluk kavramı günden güne daha büyük ehemmiyet kazanmaktadır.

Avrupa'da "Endüstri Devrimi" ile gelişen ve değişen üretim teknolojisi, sosyal ve ekonomik organizasyonları oldukça karmaşık hale getirmiştir. Bütün bu yeni gelişmeler ise ihmali davranıştan doğan sorumluluk üzerinde daha çok

durulmasına yol açmıştır. İhmal konusu ve bunun ceza hukukuna yansımaları özellikle on dokuzuncu yüzyıldan itibaren Alman hukukçular tarafından ele alınmıştır. O tarihten günümüze değin uzanan süreçte, ihmali suçlar manasında, Alman ceza hukuku öğretisinde ciddi bir birikim ortaya çıkmıştır. Türk ceza hukuku öğretisine baktığımızda ise ihmali davranışla işlenen suçlar konusunun öğretilde ancak Cumhuriyet sonrasında itibaren giderek artan yoğunlukta incelenmeye başladığını görmekteyiz. Uygulama bakımından da aynı şeyleri söylemek olasıdır. Bunun başlıca sebeplerinden biri, muhtemelen, 1926 yılında yürürlüğe giren 765 sayılı TCK'da ihmali suçlara ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması ve yine bu kanunun yürürlükte olduğu zaman zarfında ihmali suçlar bakımından herhangi bir düzenlemenin yapılmamış olmasıdır. Bereket versin ki, ilk kez, 1 Haziran 200 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın özel hükümler kısmı içinde ihmali suçlara yer verildi. Her ne kadar, genel hükümler içinde ihmali suçlara ilişkin herhangi bir madde yer almasa da özel hükümler içinde yer alan m.83 (kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi), m.88 (kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi) ve m.94 (işkence) hükümleri vasıtasıyla ihmali suçlar düzenlenmiş oldu. Bu arada şunu ifade etmeliyiz ki ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan "kanunilik ilkesi" göz önünde tutulduğunda, ihmali suçların açık biçimde kanunda yer alması olumlu bir gelişme kabul edilmelidir.

Kıta Avrupası ve Türk hukuk sistemine bakıldığında, ihmalin cezalandırılabilmesinin bir paradigma (Değerler dizisi) değişikliği ile mümkün olabildiği anlaşılmaktadır. Devir değiştikçe, devlete ve beraberinde hukuka yüklenen görevler giderek artmıştır. Ceza hukukunun "yasaklar koyucu" olması temel karakterlerinden biridir. Son iki yüzyıldır, bu özelliğinin yanı sıra, "emirler koyucu" niteliği de ceza hukukunun git gide belirginleşen durumudur. Temel hak ve hürriyetlerin en geniş biçimde sağlandığı ve koruma altına alınmış olduğu gelişmiş ülkelerde, bireylerin başına gelebilecek zararlar hususunda toplumsal duyarlılığı arttırmak gayesi ile ihmali suçlar konusunda hukuki düzenlemelere gidilmiştir. Böylelikle icrai davranışla zararlı neticeyi meydana getiren failin yanı sıra meydana gelebilecek zararı önlemeyen kişinin de cezalandırılması söz konusu olabilmektedir. Kısaca söylemek icap ederse, umumiyetle, ceza kanunlarındaki suç normları, kişileri icrai suçlarda belirli davranışlarda bulunmamakla yükümlü kılar. Buna karşılık ihmali suçlarda ise belirli davranışları yapmakla yükümlü tutar. Şunu biliyoruz ki,

klasik ceza hukukunda bireycilik egemendir ve ahlak ile hukuk arasındaki sınır kesin bir şekilde çizilmiştir. Binaenaleyh, sosyal dayanışma duygusundan kaynaklanan tehlikeye maruz kalma veya zarara uğrama ihtimalinin engellenmesine yönelik yükümlülüklerden yola çıkılarak bunların yerine getirilmemesi klasik ceza hukuku açısından bir ehemmiyet arz etmez. Kıta Avrupası'nda geçerli olan çağdaş ceza hukuku anlayışında ise sosyal dayanışmaya önem verilerek, sosyal dayanışmanın ferdiyetçiliğin yerini almaya başlamasıyla birlikte bu tip yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hali de cezai yaptırım ile karşılanmıştır.

Evvvelki 765 sayılı TCK'da da yer alan gerçek (saf) ihmali suçlar, 5237 sayılı TCK'nın özel hükümler kısmında düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna karşın görünüşte (garantörsel, nitelikli) ihmali suçlar daha önceki kanunda yer almıyordu. Bu suçların ilk defa yeni TCK'da düzenlendiğini görüyoruz. Görünüşte (garantörsel, nitelikli) ihmali suçların, gerçek ihmali suçlardan farklı olarak, kendine özgü bazı yönleri vardır. İhmali davranışın kuramsal olarak açıklanması, garantörlük (teminat yükümlülüğü) kavramının ne olduğunun izahı, bu yükümlülüğün kaynaklarının ne olduğu, ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olmasının ne anlama geldiği (eşdeğerlik) hususları bunlar arasındadır.

Bir icrai davranışla işlenen suçlar icrai suç olarak adlandırılır. Bunlar arasında, soykırım, kasten öldürme ve yaralama, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, tehdit, şantaj, yağma (gasp) gibi suçları saymak mümkündür. Bir ihmali davranışla işlenen suçlar ise ihmali suçlardır. Bunlar arasında, bir devlet memurunun görevini yaptığı sırada işlendiğini öğrendiği resen kovuşturmayı gerektirir bir suçu kovuşturma yapacak makamlara bildirmemesi, bir kimsenin yasaya aykırı olarak hapsedildiğini haber alan yetkili memurun o kimsenin serbest bırakılması için gerekli işlemi yapmağı savsaklaması, devlet kuvvetlerine karşı işlenen cürümleri öğrenen herhangi bir kişinin bunu yetkili makama haber vermemesi gibi suçları sayabiliriz. Ceza hukuku bakımından ihmalin anlamı kişiden yapması beklenen hareketi yapmamasıdır. İhmali hareketin özü, belli bir şekilde hareket etmeme, belli bir fiili yapmama durumudur. İcrai suçlar ile ihmali suçlar arasında şöylesine önemli bir temel farklılık vardır: İcrai suçlar bakımından; kimseyi öldürme, kimseyi yaralama, kimseye cinsel saldırıda bulunma, kimseye hakaret etme ve benzerleri gibi yasak getiren emirlere uymak mecburiyeti söz konusudur. Bu yasaklara uymak insanlara ek bir külfet getirmemektedir. Buna karşılık, ihmali suçlar kanun koyucu tarafından

düzenlediğinde, kişiler bakımından fazladan bir yük ortaya çıkmış olmaktadır. Örneğin; yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getir, işlenmekte olan suçları bildir ve benzerleri gibi hukuki yükümlülükler ihdas edilmiş olur ve bunlar kişilere ilave bir görev yükler. İşte bu sebeple, TCK'da ihmali suçlar ihdas edilirken bazı ilkeler göz önünde tutulmuştur: 1) İcrai suçlara kıyasla daha az sayıda ihmali suç tanzim edilmiştir,- 2) Her suç bakımından herkes ihmalinden sorumlu tutulmamıştır,- 3) İhmali davranış ile kasten öldürme ve yaralama suçları için, her ihmali davranışta bulunan sorumlu tutulmamış, yalnızca harekete geçmek konusunda teminat yükümlülüğü olan kişilerin fail olabileceği ifade edilmiş ve teminat yükümlülüğünün, bu yükümlülüğe aykırı olarak gerçekleştirilen ihmali davranışı icrai davranış ile eşdeğer kıldığı belirtilmiştir,- 4) Kanun koyucu, TCK'nın 97. maddesindeki "Terk" suçunu görünüşte ihmal suçu olarak düzenlemiş ve 98. maddesindeki "Yardım ve Bildirim Yükümlülüğü Yerine Getirmeme" suçunda ise cezai sorumluluk alanını herkesin fail olabileceği şekilde geniş tutmuştur.

Araştırmalarımda gördüm ki, bugün itibariyle, TCK m.83'ün ağırlıklı uygulama alanı aile ilişkileri ile ilgili ceza davaları olmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun bu konuda diğer kanunlara nazaran daha temel hükümler içermesi ve garantörlüğün ilk olarak ebeveyn-bebek ilişkisi gibi doğal bağılıktan kaynaklanması bunu kolaylaştırmaktadır. Bilhassa bebek terki (expositio infantum) ile ilgili hadiselerin sık sık yargı kararlarına konu olduğu görülüyor. Bu günkü gerçeklik açısından ifade etmek gerekirse TCK m.83. maddenin önemli bir uygulama alanını bebek terki konusunun oluşturduğu söylenebilir. Bu tip olaylarda bebeğin ölmesi durumunda annenin veya babanın davranışının icrai mi yoksa ihmali olduğu konusu, yargıyı meşgul eden önemli hususlardan biridir. Kamu görevlilerinin garantörlüğü konusunda ise kimi suç teşkil eden davranışlar, 765 sayılı TCK döneminden farklı olarak, ihmali davranışla öldürme veya yaralama suçları şeklinde ele alınmaya başlanmış olmakla birlikte, zaman zaman TCK m.83, TCK m.88, TCK m.97 arasında tartışmalı hususlar ortaya çıkabilmektedir. Başta tabipler olmak üzere sağlık mesleği mensuplarına ilişkin hususlarda, suçun mahiyetinin icrai mi yoksa ihmali mi olduğu konusunun da ötesinde, bilhassa öngelen tehlikeli davranıştan doğan teminat yükümlülüğü bakımından konunun daha açık ortaya konulması gereği öne sürülebilir.

Kanaatimce, görünüşte ihmali suçların izahına ilişkin en büyük sorunlardan biri olarak, icrai olmayan (yapkısız) davranış ile ortaya çıkan neticenin birbiriyle nasıl ilişkilendirileceği (illiyet/nedensellik) konusu ön sıralarda gelir. Nedensellik bağı, ceza hukukunun en tartışmalı konularından biridir. Bu bağ, icrai suçlar bakımından doğal bir görünüş (fenomen) olarak ortaya çıkarken, fiil ile netice arasındaki sebep sonuç ilişkisi görünüşte ihmali suçlar bakımından o denli kolay saptanamamaktadır.

İcrai davranışta aktif bir şey yapılması, bir nedensellik sürecini başlatır ve bir neticeye sebebiyet verir. Buna karşılık, kişinin ihmali davranışta pasif kalması bu nedensellik sürecini doğrudan başlatmaz. Ceza hukuku anlamında sürecin başlaması için kişinin pasif kalmamasına yönelik bir beklentinin varlığı zorunludur. Diğer bir anlatımla, ihmalden bahsedilebilmesi için icrai bir davranışta bulunmaya yönelik bir “beklentinin” daha doğru bir deyişle “yükümlülüğün” olması zorunludur. Bu beklenti/yükümlülük, bugün için harekette bulunma yükümlülüğü (teminat yükümlülüğü/garantörlük) olarak kavramsallaştırılmıştır. Doğal olarak, bu yükümlülüğün mutlaka kanun nezdinde düzenlenmiş olması gerekir. Salt ahlaki ya da etik kaynaklı bir beklenti bu tip sorumluluğa yol açmayacaktır. İhmali davranışın ceza hukukunda bir haksızlık gerçekleştiriliş biçimi halini alması ile sonuçlanan dört bileşen vardır: İcrai davranışta bulunma yükümlülüğü, yükümlülüğü yerine getirebilme imkânı, icrai davranışın yerine getirilmesinin zorunlu olması ve nedensellik bağı.

Bugün Türk ceza hukukunda, Alman ceza hukukunun aksine, garantörlük kaynakları (ihmali neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülükler olarak) kanuni düzenleme, sözleşme ve önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış olarak açıkça belirtilmiştir. Türk hukukunda bu kaynaklar, bugün Alman hukukunda ağırlıklı olarak kabul edilen koruma ve gözetim yükümlülüğünün oluşturduğu maddi hukuki yükümlülük teorisinden (modern tasnif) farklı olan, şekli hukuki yükümlülük teorisidir (klasik tasnif). Yine bugün itibarıyla, TCK'da, ihmali davranışla öldürme ve yaralama suçlarının kasten işlenmesi açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen bunların taksirle işlenmesi durumu düzenlenmemiştir.

Araştırmalarım bana gösterdi ki, yazarların önemli bir kısmı nedensellik bağının icrai suçlarda objektif nitelikte doğal bir olgu olarak ortaya çıktığını ancak ihmali suçlarda bu şekilde bir tespitin mümkün olmadığını, dolayısıyla da ihmali

suçlar bakımından nedensellikten bahsetmenin güç olduğunu öne sürmektedirler. Ortaya çıkmış olan neticeden ötürü ceza sorumluluğuna gitmek için, bu neticenin kişiye nesnel olarak dayandırılması (isnad etmek) gerekir. Ancak, bu isnad etme işlemini tabii bir olgu olarak açıklamak imkansızdır. Kanuni temelli ve belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi ile ortaya çıkan neticeyi birbirleriyle ilişkilendirmek ancak normatif bir değerlendirme ile olasıdır. Bu bakımdan, görünüşte ihmali suçlar göz önüne alındığında doğal bir görüngü (fenomen) olan nedensellik bağından söz edilemez.

Nitelikli (garantörsel) ihmali suçların cezalandırılabilirliği kabul edildiğinde ortaya çıkan bir problem, aslında icrai suç tipi olarak düzenlenmiş bulunan ceza kanunu hükümlerinin, aynı hükmün ihmali bir hareketle ihlâli halinde de uygulanmasının daima adil bir cezalandırmaya yol açıp açmayacağıdır. Nitekim bazı suç tiplerinin ihmali bir hareketle de işlenmesi halinde bu ihmali hareketin cezalandırılmasının doğru olmayacağı düşünülmüştür. Dolayısıyla ceza kanununun özel kısmında düzenlenmiş bulunan icrai suç tiplerinin hepsi bakımından, bu suç tiplerinin ihmali bir hareketle gerçekleştirilmesi halinde cezalandırılması doğru ve adil olamaz. Bu nedenle, bu tip suçlar bakımından ek bir şart aranmalıdır. Bu şart "denklik/eşdeğerlik kaydı"dır. İhmali bir hareketten sorumluluk için ihmal gösterilmemesi konusunda hukuki bir yükümlülüğün yanı sıra, ihmali hareketin icrai bir harekete denk/eşdeğer olması da gerekir. TCK m.83 dahilinde sorumluluk için neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa denk/eşdeğer olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

Tababet, tarihin çok eski zamanlarından beri bilinen bir meslek alanıdır. Tarihsel süreç zarfında tababet mesleğinde meydana gelen değişikliklerin yanı sıra tabiplerin sorumlulukları konusu da eski zamanlardan beri bilinen ve üzerinde çeşitli tartışmaların olduğu bir sahadır. Yüzyıllarca süren paternalist (babacan) tabiplik anlayışından son yüz-yüz elli senedir giderek uzaklaşıldığı malumdur. Tıbbi müdahale, kişinin bedeni üzerinde cereyan eden uygulamalar içerdiğinden ötürü doğrudan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü ile ilgilidir. Bu itibarla korunması gereken birden fazla hukuki değeri karşı karşıya getirmektedir.

Modern anlamda Fransız Devrimi (1789) ile başlayan "İnsan Hakları" sahasındaki gelişmeler daha sonraları genişleyerek ve derinlik kazanarak günümüze dek uzanmıştır. Öğretide insan hakları birinci kuşak, ikinci kuşak ve üçüncü kuşak

şeklinde sınıflandırılır. On dokuzuncu yüzyıl boyunca bu alanda gelişmeler devam etmiştir. Bu gelişmelerden biri “Sağlık Hakkı” konusunda olmuştur. Yirminci yüzyılda ise “Hasta Hakları” kavramı ortaya çıkmıştır. Bu son kavramın ortaya çıkışında İkinci Dünya Savaşı yıllarında gerçekleşen ciddi ve sistematik insan hakları ihlalleri önemli rol oynamıştır. İzleyen yıllarda gerek Amerika Birleşik Devletleri’nde gerekse Batı Avrupa ülkelerinde hasta hakları konusu üzerinde sıkça durulmuş ve bu kavram uluslararası metinlerde yer almıştır. Dünya Hekimler Birliği (World Medical Association, WHO) tarafından 1984 yılında yayınlanan Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi hasta haklarını uluslararası ölçekte dile getiren ilk önemli etkinlik olmuştur.

Güncel tıp hukuku, kişinin sağlığı veya yaşamı yararına beden bütünlüğünün ihlal edilebileceğini ancak bunun hastanın kendi kaderini tayin hakkı nedeniyle, ancak aydınlatılmış rızaya dayanması koşuluyla mümkün olacağını kabul etmektedir. Her koşulda hastanın iyiliğini gözeten, bu iyiliğe ilişkin kararları bizzat verip, uygulayan hekim anlayışı, bir diğer ifadeyle eski paternalist tıp anlayışı, günümüzde terk edilmiştir. Günümüzde, tıp ceza hukuku anlamında, hekimin hastaya karşı olan yükümlülükleri yalnızca tıbbi kötü uygulamalar sahasının dışına taşmış ve birey özerkliği, hasta hakları ve sağlık hakkı gibi alanlara da yayılmıştır. Şöyle ki, hekimin sadece tıbbi müdahalelerin gerçekleştiriliş şekli itibariyle dikkat ve özen ve dikkat yükümlülüğüne aykırılık yönünden ortaya çıkan taksirli eyleminden doğan sorumluluğu yanında, hasta özerkliğinin zedelenmesi veya yok sayılması gibi hususlardan kaynaklanan ceza sorumluluğu da gündeme gelmektedir.

Eski zamanlardan beri süren paternalist hekimlik anlayışı yerini daha eşitlikçi bir ilişkiye bırakmıştır. Kişi özerkliği ve kişinin kendisi hakkındaki kararları vererek kendi geleceğini belirleme hakkı kavramlarının yasalarda daha güçlü biçimde vurgulanması ve ön plana çıkması bu hususta rol oynayan mühim faktörlerden biridir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 17. maddesinin ilk iki fıkrasında bu hakkı açık biçimde şöyle düzenlemektedir: “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.” Hasta ve hekim arasındaki ilişkinin değişim göstermesi, hastanın sağlık alanındaki beklentilerinin yükselmesi, hasta odaklı sağlık hizmeti prensibinin benimsenmesi, sağlık alanının ticarileşmesi ve buna bağlı olarak sağlık

hizmetine olan talebin hakiki yükselişi veya suni arttırılması ve son olarak hastanın hekime karşı ve hekimin de hastaya karşı olan güven duygusunun zayıflaması şeklinde özetlenebilecek sebeplerle hasta-hekim arasında yaşanan çekişmeler artmış ve çoğalan ihtilafli durumlar hastaların hekimler hakkında şikayette bulunmalarını ve hekimleri dava etmelerini çok sık karşılaşılan bir gerçeklik durumuna getirmiştir.

Tıp ve hukuk meslekleri, kişilerin yaşama hakkı ve hürriyeti bakımından disiplinli, dikkatli ve sorumlu davranmayı gerekli kılan çok ehemmiyetli alanlardır. Çünkü bu sahalarda gösterilen ihmalkârlıklar, insanların maddi ve manevi hak kaybına uğramasına neden olabilmektedir. Tababet, tarihin çok eski zamanlarından beri bilinen bir meslek alanıdır. Tarihsel süreç zarfında hekimlik mesleğinde meydana gelen değişikliklerin yanı sıra hekimlerin sorumlulukları konusu da eski zamanlardan beri bilinen ve üzerinde çeşitli tartışmaların olduğu bir sahadır. Yüzyıllarca süren paternalist tabiplik anlayışından son yüz-yüz elli senedir giderek uzaklaşıldığı malumdur. Başlangıcı çok önceki yüz yıllara uzanmakla beraber, Fransız Devrimi ile güç ve ivme kazanan “İnsan Hakları” sahasındaki gelişmeler daha sonraları genişleyerek ve derinlik kazanarak günümüze dek uzanmıştır. Öğretide insan hakları birinci kuşak, ikinci kuşak, üçüncü kuşak ve seksenli yılların sonlarına doğru kabul edilen dördüncü kuşak haklarla birlikte dört ana nesil şeklinde sınıflandırılır. On dokuzuncu yüzyıl boyunca bu alandaki gelişmeler devam etmiştir. Bu gelişmelerden biri “Sağlık Hakkı” konusunda olmuştur. Yirminci yüzyılda ise “Hasta Hakları” kavramı gündeme gelmiştir. Hasta haklarının toplumlar nezdinde giderek bilinirliğinin ve öneminin artmasıyla birlikte ve diğer bazı etmenlerin de rol oynaması sonucu hekim-hasta ilişkisinde köklü değişiklikler meydana gelmiştir. Eski zamanlardan beri süren paternalist hekimlik anlayışı yerini daha eşitlikçi bir ilişkiye bırakmıştır. Kişi özerkliği ve kişinin kendisi hakkındaki kararları vererek kendi geleceğini belirleme hakkı kavramlarının yasalarda daha güçlü biçimde vurgulanması ve ön plana çıkması bu hususta rol oynayan mühim faktörlerden biridir.

Tıbbi sorumluluk ve onun bir parçası olan hekim sorumluluğu, tarihin ilk uygarlıklarında dahi söz konusu olmuştur. Söz gelimi, Babil Kralı Hammurabi tarafından çıkarılan kanunlarda bu hususta hükümler bulunmaktadır.

Günümüzde, sağlık hizmeti talep eden hastalara, gerekli olan müdahalenin hiç yapılmaması, gecikerek yapılması, yapılmakla beraber tıbbi müdahalenin

amaçlandığı şekilde tamamlanamaması ve zararlı bir neticenin ortaya çıkması durumları tıbbi uygulama hatası (malpraktis) olarak tanımlanmaktadır. Tıbbi uygulama hataları; yanlış işlemi yapmak, doğru işlemi yapmamak (ihmal) ve doğru işlemi yanlış yapmak şeklinde ortaya çıkabilir. Yorgunluk, yetersiz eğitim ve deneyim, iletişim sorunları, zamansızlık gibi faktörlerin etkisi altında dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali neticesinde insan kaynaklı etmenler tıbbi uygulama hatalarına yol açabilir. İşyeri yapısı, takip edilen politikalar, idari yapı, personelin yanlış dağılımı, sorunlara çözüm konusunda yetersizlik gibi nedenler ise kurumsal kaynaklı sorunlardır.

Tıbbi uygulama hatalarından kaçınmak gayesi ile son yıllarda dünyanın dört bir yanında çalışan tabipler arasında yaygın biçimde ortaya çıkan durum “savunmacı tıp uygulamaları” olarak adlandırılmaktadır.

Düşünceme göre; tıp alanında, hasta-hekim ilişkisinin paternalist (babacan hekim tarzı) bir ilişki biçiminden uzaklaşması, hekim-hasta arasında giderek artan sıklıkta tıbbi uygulama hatası iddialarına bağlı davaların çoğalması, başta hekime yönelik olmak üzere sağlıkta şiddet hadiselerinin artması hekimlerin hasta ve hasta yakınlarına karşı olan davranışlarında birtakım olumsuz değişikliklere yol açmıştır. Bu olumsuz değişikliklerin başta geleni, ülkeden ülkeye oranları değişmekle birlikte, hekimlerin savunmacı tıp uygulamalarına kaymış olmalarıdır.

Savunmacı tıp (Çekinik tıp, defansif tıp); tabiplerin tıbbi uygulama kusurları (malpraktis) nedeniyle yaptırımlardan (idari, cezai, hukuki ve mesleki) korunmak için yaptıkları birtakım uygulamalardır. Savunmacı tıp uygulamalarında birincil amaç, sağlık hizmeti alanın (hastanın) yararı değil, öncelikle tabibin yarar ve çıkarının göz önünde bulundurulmasıdır. Hekimlerin defansif davranmalarının en büyük nedeni ise malpraktis şikâyet ve davaları ile karşılaşma korkusudur. Defansif tıbbın yarattığı ekonomik olumsuzluklar ve sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde meydana gelebilecek aksaklıklar bir yana, esasında bu tür davranışların çoğunluğu hasta haklarına aykırı, tıbbi etik dışı ve yasal sorumluluk doğurucu unsurlarla ortaya çıkmaktadır. Hekimlerin savunmacı tıp uygulama eğilimlerine yol açan önemli ve nispeten az dikkat çeken sebeplerden biri, kanaatimce, toplumda giderek artan bireysel suçlama kültürüdür. İyileşen her hastada bu sonuç hekim dışı faktörlere (şans, talih, büyü, sihir, akrabaların ve hatta politikacıların manevi desteği ve benzerleri) bağlanma temayülü gösterirken, kötü sonuçlar ise suçlayıcı şeklinde

doğrudan doğruya ve sadece hekimlere yöneltilmektedir. Kolaycı bir yaklaşımla, olayların içinde gerçekleştiği bütün yapı adeta ihmal edilir ve ortaya çıkan tıbbi hatalar birer suçlama şeklinde başta hekim olmak üzere sağlık meslek mensuplarının sırtına yüklenir. Bu kolaycı yaklaşım, örgütsel ana yapının sorumlusu olan üst düzey idarecileri ve hatta siyasi iktidarı olayların bütünüyle dışında tutar.

Savunmacı tıp uygulamaları esas itibarıyla, pozitif defansif tıp uygulamaları (güvence davranışları) ve negatif defansif tıp uygulamaları (kaçınma davranışları) olarak iki ana grupta toplanabilir. Hayati riski olan bir hastanın tedavisi için mevcut sağlık kuruluşundaki imkânların yeterli olmasına rağmen, hastanın farklı bir sağlık kuruluşuna sevk edilmesi, yine yüksek risk taşıyan bir hastanın birbirine yakın uzmanlık alanları arasında yönlendirilerek hastayı kabulden kaçınılması, farklı tıbbi uzmanlık alanlarına ilişkin uzuvlarında ciddi yaralanmalar olan travma hastasının ilgili alanlarca öncelikle bir diğerine yönlendirilmeye çalışılması, yine cerrahi bir müdahale gereken hastanın, müdahalenin risklerini üstlenmemek adına ilaçla tedavi edilmeye çalışılması uygulamada sık karşılaşılan negatif defansif tıbbi uygulamalardandır.

Hekimin teşhis veya tedavi aşamasındaki kusurlu davranışının, icrai veya ihmali bir hareketten meydana gelmesi arasında herhangi bir fark yoktur. Hekim tıbben gerekli bir hareketi yapmamak veya tıbben gerekli olmayan bir hareketi yapmak suretiyle kusurlu bir davranış sergileyebilir. Negatif defansif tıbbi uygulamalar kapsamında değerlendirilen hekimin hukuki sorumluluktan kaçınmak amacıyla hastaya bakmaktan kaçınması, hastayı gerekmediği halde farklı hekim veya sağlık kuruluşlarına yönlendirmesi ise, özellikle aciliyet arz eden durumlar bakımından hastalığın teşhis ve tedavisinin geciktirilmesi, hastanın yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün ihmali davranışlarla ihlal edilmesi sonucunu doğurur.

Pozitif savunmacı tıp uygulamaları bağlamında, fazladan konsültasyon istenmesi ve endikasyonsuz hasta yatışı talepleri de tıbbi etik açısından sakıncalı ve kimi durumlarda özel hukuk anlamında sorumluluk doğurucu davranışlar olsa da neticeleri itibarıyla büyük bir çoğunluğu, (5237 Sayılı Yasa'nın 257. maddesinin uygulanabileceği haller dışında) ceza hukukunun ilgi alanına girmemektedir. Pozitif uygulamalar bağlamında esas tartışma konusu olan eylemler, beraberinde hastanın vücut bütünlüğü açısından zarar görmesi ihtimalini de getiren; fazladan ilaç yazma

ve girişimsel müdahaleler ekseninde gelişen fazladan tıbbi tetkik ve tahlil istenmesidir.

Negatif savunmacı tıp uygulamaları, esas itibarıyla, hekim bakımından ihmali davranışların sergilendiği ve hastaya müdahaleden kaçınıldığı bir durumdur. Hekim, savunmacı davranışlar takınmak suretiyle, hastanın teşhisinde ya da tedavisinde gecikmeye sebebiyet verebilir ve bu eylemi hastanın maddi-manevi zarar görmesi veya ölümü ile neticelenebilir. Bu durumda, savunmacı tıbbi uygulamaları nedeniyle hekimin sorumluluğu doğar. Gerekli ilaç, alet, cihaz ve personel bulunmasına rağmen hekimin savunmacı tıp uygulaması sonucu hastayı gereksiz yere başka bir merkeze sevk etmesi ve hastanın yolda ya da vardığı merkezde zaman kaybına bağlı olarak durumunun kötüleşerek hayatını kaybetmesi halinde negatif savunmacı tıbbin olumsuz ve zararlı yüzü kendini göstermiş olacaktır. Defansif tıbbi uygulamaların en önemli paradokslarından birisi, söz konusu uygulamaların, hukuki güvenliğini sağlamak amacıyla buna başvuran hekimi, bir başka yönden hukuki sorumlulukla karşı karşıya bırakacak olmasıdır. Negatif uygulamaların hemen hemen hepsi içeriğinde, tıbbin uygulanması esnasında gerekli teşhis ve tedavi imkanları mevcut olduğu halde; kaçınma, ihmal ve hareketsiz kalma gibi hekimlik mesleği ile bağdaşmayan eylemleri barındırmaktadır.

Kanaatimce, korunma, kaçınma ve çekinme davranışları şeklinde ortaya çıkan ve tabibin ihmali davranışı olarak nitelendirilebilecek negatif savunmacı tıp uygulamalarında ceza hukuku bakımından karşımıza çıkabilecek önemli bir mesele, bu tip uygulamalar ile Türk Ceza Kanunu'nun 83. maddesi arasındaki ilişkidir. Bilindiği üzere, TCK m.83 şu şekilde düzenlenmiştir:

“Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi: Madde 83- (1) 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.- (2) 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.- (3) Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on

yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir.”

Buna göre; kişinin teminat yükümlülüğünün gerektirdiği bir davranışta bulunmaması sebebiyle meydana gelen ölüm olayından sorumlu tutulabilmesi için; öncelikle yükümlülüğünün kanundan, sözleşmeden ya da ön gelen tehlikeli davranıştan kaynaklanması gerekir. Bu yükümlülük konusunda, hekim, icrai davranışa eşdeğer bir ihmali davranış sonucu, negatif savunmacı tıp uygulaması dahilinde olmak üzere ve hastanın zarar göreceğini ya da öleceğini; muhtemelen veya kesin olarak öngörmüş ise ve buna rağmen savunmacı tıbbi uygulama içinde bulunursa olası kastla ya da doğrudan kastla; eğer olumsuz sonucu dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle öngörememiş ise taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan sorumlu tutulabilecektir.

Tabiidir ki ihmali davranış ile zararlı bir sonucun meydana gelmesine neden olan herkesin bu sonucun meydana gelmiş bulunmasından dolayı cezai sorumluluğu düşünülemez. Bunun için gerekli olan ön şart “kişinin zararlı neticeyi önlemek hususunda hukuken yükümlü olması” koşuludur. Neticeyi önlemek hususunda hukuken yükümlü kişiye “teminat yükümlüsü veya garantör” adı verilir. Tababet alanı bakımından tabibi göz önünde tutarak ifade edecek olursak, teminat yükümlülüğünden kasıt, tabibin tedavi amacıyla kendisine başvuran hasta üzerindeki zararlı neticenin meydana gelmesini önleme yükümlülüğüdür. Eğer tabip, tıbbi kurallar çerçevesinde gerekli tedaviyi doğru biçimde uygulamışsa, olumsuz sonucun meydana gelmesinden sorumlu olmayacaktır. Çünkü, tabibin, “iyileşme garantisi verme” yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak tabip ihmali davranışı sebebiyle gerekli tedaviyi uygulamamışsa garantörlüğünden kaynaklı cezai sorumluluğu gündeme gelecektir. Tabip olarak hastayı kabul eden, muayenesini gerçekleştiren, kısaca hasta ile arasında sözleşmesel ilişki kurulan ya da acil serviste hastanın müdavi tabibi durumuna geçen kişi ile nöbetçi tabip olarak diğer tabiplere vekalet eden kişi garantör durumundadır. Bu ilişki hastanın öyküsünü (anamnez) almakla başlar. Tabipler bir hastanın teşhis ve tedavisine yönelik olarak olayı üstlenmekle garantör konumuna gelirler.

Tıp mesleği mensupları bakımından tıbbi yardımda bulunmak yasal görevlerindedir. Başka bir ifade ile hekimin teminat yükümlülüğü söz konusudur. Bu bakımdan, söz gelimi, kamuda çalışan tabip bakımından, tıbbi yardımda

bulunmamak ya da geciktirmek sonucunda hasta zarar görmese dahi bir görev suçu oluşabilir. 5237 sayılı TCK'nın 257/2. maddesindeki ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma (görevi ihmal) suçunun oluşması için, görevin gereğine aykırı hareketin; kişilere haksız kazanç sağlaması, kişilerin mağduriyetine veya kamu zararına yol açması gerekmektedir. Hastanın sağlığında aşikâr bir zarara sebep olmasa bile hekimin görevinin gereğine aykırı davranışı hastanın mağduriyetine yol açmış ise artık icrai veya ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçunun meydana geldiği söylenebilir.

Burada ihmal ve gecikme ile kastedilen, kamu görevlisinin, kanunun veya diğer mevzuatın ya da amirinin hukuka uygun olarak yapmasını gerekli kıldığı eylemleri bilerek ve isteyerek hiç yapmaması veya geciktirmesi durumudur. TCK m.257'nin lafzından anlaşılan şudur ki kamu görevlisinin yerine getirmekle görevli olduğu işi hiç yapmaması veya yapılması gereken şekilde yerine getirmemesi ya da ihmalî bir davranış sergileyerek geciktirmesi halinde kanunun işaret ettiği suç ortaya çıkmış demektir. Bu suç kasten işlenebilen suçlardan biridir. Kamu görevlisinin görevini bilerek ve isteyerek yerine getirmemesi, ihmal etmesi veya geciktirmesi gerekir. Bununla birlikte failin cezalandırılabilmesi için norma aykırı davranış yetmemektedir. Bahse konu davranış nedeniyle, "kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir kazanç ya da suç tarihinden sonra yapılan değişiklik sonrası haksız bir menfaat sağlanması" gerekmektedir. Mağduriyet kavramının, sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararlarla sınırlı olmayıp, bireysel hakların ihlali sonucunu doğuran her türlü davranışı ifade ettiği kabul edilmelidir. Bu husus madde gerekçesinde; "Görevin gereklerine aykırı davranışın, kişinin mağduriyetine neden olunması gerekir. Bu mağduriyet, sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararı ifade etmez. Mağduriyet kavramı, zarar kavramından daha geniş bir anlama sahiptir" şeklinde açıkça vurgulanmıştır. Öğretide mağduriyetin sadece ekonomik bakımdan ortaya çıkan bir zarar olmadığı belirtilmektedir. Mağduriyet kavramının ekonomik zarar kavramından daha geniş bir anlama sahip olduğu kabul edilir. Bireyin, sosyal, siyasi, medeni her eşit haklarının ihlali sonucunu doğuran ya da herhangi bir çıkarının zedelenmesine neden olan davranışlar bu minvalde değerlendirilir.

Ötanazi, üzerinde durulması gereken mühim bir kavramdır. Aynı zamanda ceza hukukunun önemli tartışma konuları arasında yer almaktadır. Ötanazi

sözcüğünün kökeni Yunanca'dır. İyi ve güzel ölüm anlamına gelir. Hukukta, dayanılmaz acılara maruz kalmış bir hastanın bilerek ve isteyerek ölmeyi tercih etmesi ve öldürücü son eylemi kendisinin veya başka birisinin gerçekleştirmesi demektir. Seksenli yıllarda hastanın özerkliği kavramı ve özerkliğe saygı ilkesi ötanazi savunucularının öne sürdükleri en önemli iddia olmuştur. Tıbbi manası itibariyle ötanazi, güncel tıp verilerine göre iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanan ve dayanılmaz acılar çeken hastanın bu ıstırabına son vermek amacıyla ölümüne yardım etmektir. Görüldüğü üzere ötanaziden söz edebilmek için her şeyden önce tıbben iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa duçar olmak gerekir. O sebeple herhangi bir hastalığı bulunmayan veya tıbben sağaltımı mümkün bir hastanın kendisini öldürtmesi ötanazi olmayıp açıkça intihar anlamını taşır. Ötanazi ile yaşamına son verilmesi söz konusu olan hasta dayanılmaz acılar ve ağrılar içinde bulunuyor olmalıdır. Bu noktadan bakıldığında, ötanazi, hastanın bir an önce acılardan ve ağrılardan kurtulmasını sağlamak gayesi ile uygulanabilir. Zaten işte bu yüzden iyi ya da güzel ölüm anlamına gelen "ötanazi" sözcüğü kullanılmaktadır. İlaveten ötanaziden söz edebilmek için hayatına son verilmesi talebinin bizzat hastadan veya yakınlarından gelmesi icap eder. Hiçbir surette, tabip, hastaya acıdığı için veya iyilik olsun diyerek salt kendi kararı ile ötanazi icra edemez. Çoğunluğun kabulüne göre ötanazi işlemi bir tabip tarafından uygulanmalıdır.

İcra ediliş şekli bakımından ötanazi kendi arasında dört gruba ayrılmaktadır. "Aktif ötanazi", "pasif ötanazi", "dolayısıyla/dolaylı ötanazi" ve "intihara yardım" ötanazinin alt gruplarıdır.

Kısa sürede ölümün beklendiği, bir veya daha fazla hayati işlevin geri dönüşü olmayan bir şekilde tükenmiş olduğu hastalara veya yaralılara, onurlu bir şekilde ölebilmeleri için yardım etmek hekimin görevleri arasındadır. Yardım, palyatif tıbbi bakım ve genel bakım şeklinde olacaktır. CPR yapıp yapmama konusunda en önemli sorumluluk tabiplerin üzerindedir. Bu karar önemli olduğu kadar da zor ve ağır sorumluluklar da getirir; çünkü tabipler için sadece hukuki sorumluluğun yanında etik ve manevi değerler açısından bu tip kararlar vermek oldukça sarsıcı ve yıpratıcıdır. Bütün bu yıpratıcı ve zor süreci kolaylaştırmak için en başta hastanın kendisinin, hasta karar verme yetisine sahip değilse yasal temsilcisinin ve de hekimin diğer meslektaşlarına danışabileceği Hastane Etik Komitelerinin etkin rol oynaması

gerekir. Bütün bu süreçlerde hastanın özerkliği, kişisel değerleri ve öncelikleri öncelikle dikkate alınmalıdır. Türk hukukunda DNR konusu üzerinde henüz herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Türkiye’deki uygulamaya baktığımızda, belirli bir düzenleyici mevzuatın olmadığı bu sahada, hastanelerde çeşitli ana bilim dallarına (tıp tarihi ve etik, anesteziyoloji ve reanimasyon, nöroloji, kardiyoloji, vb.) danışılarak soruna çözüm aranmaktadır. Kanaatimce DNR talimatlarının hazırlanmasında hastaların veya hasta karar verebilme yetkinliğinde değilse yasal temsilcisinin bu karara aktif katılımının kesinlikle sağlanması birincil gerekliliktir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “Ötanazi Yasağı” başlıklı 13. maddesi şöyle düzenlenmiştir:

“Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.”

Bu düzenlemeye göre; tıbben yapılacak pek bir şeyin kalmadığı durumlarda bir çıkış ve kurtuluş yolu olarak anlaşılması gereken halde bile, hastanın hayatına son verilmesine hiçbir surette izin yoktur. Ötanazi ile ilgili mevzuatımızda ayırık bir düzenleme bulunmadığından dolayı, aktif ötanazi yapılması durumunda doğrudan doğruya TCK m.81’de düzenlenmiş bulunan kasten öldürme suçu söz konusu olacaktır.

Öğretide, umumiyetle, pasif ötanazi tedaviyi ret kapsamında değerlendirilmekte ve tabibin bir sorumluluğunun doğmadığı ifade edilmektedir. Bu itibarla, kişinin tedaviyi ret hakkı kapsamında, tabip tarafından önerilen tedaviyi reddetmesi veya başlanmış olanı durdurması durumunda hastanın hayatı tehlikeye girse dahi tabibin müdahalede bulunmaması suç teşkil etmeyecektir. Yeterli bilgilendirmenin yapılmış olması ve hastanın karar verebilecek durumda bulunması şartıyla hasta tedaviyi reddedebilir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 25. Maddesi “Tedaviyi Reddetme ve Durdurma” başlığını taşımaktadır ve bu madde şöyle tanzim edilmiştir:

“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”.

Aktif ötanazide hastanın veya yasal temsilcisinin talebi üzerine etkin bir hareketle hastanın öldürülmesi söz konusudur. Hukuki manada bu eylem, kanaatimce, kendine özgü bazı hususiyetleri (mesela tasarlama) olan kasten öldürme kapsamındadır. Burada herhangi bir tartışma yoktur. Pasif ötanazi ise, ölmek üzere olan hastanın, kendi talebi üzerine, yaşamını uzatan tedbirlere son verilmesi ve bu gibi tedbirlerin uygulanmaması halini karşılamak durumu gibi görünmektedir. Ancak, hastanın rızası olmadan bu yapıldığında, doktorun ihmali şekilde kasten öldürmeden sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Dolaylı ötanazi tabiri, tabibin, hastanın ağrı ve acısını azaltmak amacıyla kullandığı ve kullanılmasına tıp biliminin izin verdiği bir ilacın, beklenen ve kaçınılmaz yan etkisi olarak hastanın yaşamını kısalttığı durumlar için kullanılmaktadır. Umumiyetle, öğretilerde, dolaylı ötanazinin cezalandırılmaması gerektiği kabul edilmektedir. Bazı yazarlar bunun zorunluluk hali kapsamında cezalandırılmayacağını ifade ederler. Bazı yazarlar fiilin sosyal uygunluğu kapsamında değerlendirirler. Bazıları ise izin verilen risk veya yükümlülüklerin çatışması kapsamında cezalandırılmaması gerektiğini öne sürerler.

Öğretilerde egemen görüşe göre, hastanın özerklik ve kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında, ucunda yaşamsal tehlike olsa bile, kendi iradesiyle tedaviyi reddettiği durumda tabibin müdahale yükümlülüğü yoktur. Hastanın özgür iradesiyle açıkladığı tedaviyi ret talebine tabip uymak zorundadır. Anayasal olarak m.17 kapsamında güvence altına alınmış olan vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı, tedaviyi ret hakkının hasta tarafından kullanılması halinde, hekimin icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaktadır ve aksine icrai davranışta bulunma yasağına dönüşmektedir.

Pasif ötanazi uygulamasında esas unsur, hastanın hür iradesi ve isteğidir. Bu nedenle, hastanın rızası alınmadığı halde yakınlarının isteği veya hekimin kendi takdiriyle yapılacak uygulama ihmali davranışla kasten öldürme suçunu meydana getirir. Bilindiği üzere, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddeleri gereğince, hastanın yaşamının kurtarılamadığı durumda hekimin görevi, onun son günlerini acı duymadan geçirmesini sağlamaktır. Bu süreçte hekim, hastalığın doğal seyri niteliğindeki ölüm meydana gelene dek diğer bir tıbbi sebeple hastanın yaşamının sona ermesini önlemekle de yükümlüdür. Bu nedenle, artık yaşama olanağı kalmadığı tibben belirlenmiş olsa bile hastanın

hekim tarafından rızası dışında tedavisi sonlandırılarak ölümüne sebebiyet verilmesi, TCK'nın 83. maddesine istinaden kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunu doğurur. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 13. maddesinde yer alan “Ötanazi yasaktır. ...kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.” hükmünün pasif ötanaziye engel oluşturduğu iddia edilse de pek çok yazar bu kanaatte değildir. Bizim de kanaatimiz o doğrultudadır. Burada, “hayatına son verilemez” cümlesindeki ifadeyle sözü edilen, kanaatimizce aktif ötanazi olsa gerektir. Pasif ötanazide hastanın hayatına son verilmesi gibi bir şey mevzubahis değildir. Yapılan şey yalnızca, tedaviyi ret hakkı kapsamında, hastaya uygulanmakta olan tedavinin neticelendirilmesidir.

Bir kez daha yinelemekte fayda vardır ki pasif ötanazinin suç oluşturacağı asıl durum teminat yükümlüsü pozisyonunda olan tabibin hastanın arzusu hilafına tedaviyi yarıda bırakması halidir. Gerçekten hekimin kasten tedavide bulunmaması ve bu sebeple ölümün gerçekleşmesi TCK m. 83'ün tanımladığı durumun tipik örneğini oluşturmaktadır.

Her ne kadar, hastanın talebi üzerine pasif olarak ölümüne yardım suç olarak kabul edilmiyor olsa da bu talebin bizatihi ve evveliyatla hastadan gelmesi mecburidir. Buna karşın hastanın zihninde, tedavinin kesilerek ölümünün çabuklaştırılması, öne alınması gibi bir düşünce henüz hiç yok iken, tabip tarafından böyle bir ihtimalin hastaya hatırlatılması TCK m.84'te aranan maddi unsur teşkil eden seçenek hareketlerden “başkasını intihara azmettirme” fiilini oluşturur. Tabibin bu hatırlatması sonrasında, hasta tedaviyi ret hakkını özgür iradesi ile kullanmış dahi olsa, ortaya çıkacak zararlı sonuç tabibin sorumluluğunu gerektirir. Hekimin, hastasına, seçenekler arasında ölümü gösterme gibi bir hakkı ve yetkisi yoktur.

Bugün kesin olarak bilmekteyiz ki savunmacı tıp uygulamaları sağlık hizmetinde kaliteyi düşürücü bir etki yapmaktadır. Her ne kadar pozitif ve negatif savunmacı tıp uygulamalarının her ikisinin de hasta açısından çeşitli olumsuz sonuçlar doğurabilme riski olsa da özellikle negatif savunmacı tıp uygulamaları hastada zarar verici sonuçlara yol açma riski bakımından kanaatimizce daha öndedir.

Tabibin en temel görevi ve hastanın en doğal hakkı imkanlar dahilinde en iyi bakım, muayene ve tedavi üçgeni olmalıdır. Tabip ayrıca, uygulamalarında ilk önce hastasının sağlığını ve tıbben iyi olma halini gözeterek hareket etme yükümlülüğü altındadır. Elbette ki tabipler mesleklerini yerine getirirken kendi yasal durumlarını

ve muhtemel sorumlulukları hesap etme hakkına sahiptir. Fakat bu gözetme eylemi, tıbbın uygulanması sırasında olağan ya da olması gereken davranışlardan sapmaya bürünmemelidir. Öyle bir sapma halinde, öncelikle etik, eylemin hastanın maddi ya da manevi bütünlüğüne zarar vermeye dönüşmesi halinde ise hem etik hem de yasal aykırılıkların oluşacağı bir gerçektir. Savunmacı tıbbi uygulamalar, işte bu düzlemde, tabibin bireysel bakış açısıyla mesleki etik bakış açısı arasındaki hassas çizgiyi de oluşturmaktadır. Nitekim savunmacı gaye ile hareket edilerek hastanın vücut bütünlüğünün bozulması durumunda Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 12. maddesinde yer alan tıbbi gereklilikler dışında müdahale yasağı ihlal edilmiş olacaktır.

Negatif savunmacı tıp uygulamaları içinde yer alan tabibin karmaşık medikal problemleri olan hastaya bakmaktan kaçınması durumunda evvela tabibin o alandaki yeterliliği, hastaya bir teşhis koyarak durumu çözüp çözemeyeceği ve çeşitli girişimlerle hastaya tıbbi yardım imkanının olup olmadığı yönünde araştırma yapılması gerekmektedir. Eğer tabip bu imkanlara malik olmasına rağmen olası kötü neticenin sorumluluğundan çekinerek hastaya bakmaktan kaçınmışsa öncelikle hastanın sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkını ihlal ediyor demektir. Hastanın karmaşık tıbbi sorunlara sahip olması yani öteki hastalardan farklı bir durum içerisinde olması nedeniyle bir nevi ayrımcılık da yapılmış sayılacaktır ki buradan hareketle Yönetmeliğin 5. maddesinde yer alan herhangi bir farklılığa sahip olma nedeniyle sağlık hizmetlerinden hızlı ve etkili bir şekilde yaralanma hakkının ihlali gerçekleşmiş olacaktır. Hastaya sırf bu sebeple bakmaktan kaçınma aynı zamanda Yönetmeliğin 6. maddesinde yer alan sağlık hizmetlerinden hakkaniyete uygun olarak yararlanma hakkını da ihlal edecektir.

Kanaatimce, savunmacı tıp uygulamaları, esasen iyi tabiplik ve tabiplik meslek etiği ilkeleri ile tezat teşkil eder. Hekimler savunmacı tıp uygulamalarına yönelerek görevlerinin gereğini yerine hakkıyla getirmezler ya da büsbütün ihmal ederler. Ceza sorumluluğu bağlamında ele alındığında, bu durum, kamu personeli olan hekimler özelinde, daha ilk aşamada 5237 Sayılı kanunda yer alan görevi kötüye kullanma suçu (TCK m.257) kapsamında değerlendirilebilecektir.

Öldürme eylemi, sadece icrai bir davranışla işlenmez, ihmali bir davranışla da işlenebilir. İhmalden kasıt, ceza hukuku anlamında “taksir”, yani özensizlik, dikkatsizlik değil, hareketin şekli olarak “ihmal” demektir. Dolayısıyla TCK m.83 ve m.88 bakımından, sağlık çalışanlarının sorumlu olabilmesi için, ihmalin kasti olması

gerekir. Yani, tabibin, hastanın 6lmesine veya yaralanmasına kasten yol a7tığı durumlarda ihmali davranışta bulunan sağlık personeli a7ısından TCK m.83 ve m.88 uygulanacak, ancak hastanın 6lmesini veya yaralanmasını istemediği halde ihmali bir davranışını olan sağlık personeli hakkında TCK m.85 veya m.89 tatbik edilecektir.



KAYNAKÇA

- ABU NAMUS Majed (2011), Türk ve Ürdün Ceza Hukukunda Taksir Kavramı ve Taksirle İşlenen Suçlar (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), *Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı*, İstanbul.
- AKALIN Adnan (2013), “İslam Hukuku Açısından Suçun Unsurları”, *e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi* -www.e-sarkiyat.com- ISSN: 1308-9633, Sayı X, s. 50-72.
- AKANDJI-KOMBE Jean-François (2008), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler/ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap. 1. Baskı, *Belçika, İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü*, Avrupa Konseyi, F-67075 Strasbourg Cedex.
- AKBULUT Berrin (2018), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- AKBULUT Berrin (2019), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- AKBULUT Berrin (2020), “Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXIV, s. 273-357.
- AKBULUT Emre (2006), “İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu”, *TBB Dergisi*, Sayı 66, s. 183-224.
- AKKURT-YALÇINTÜRK Aydan ve BATMAZ Makbule (2018), “Sağlık Profesyonellerinin Ötanazi Hakkındaki Düşünceleri”, *Hemşirelik Bilimi Dergisi*, Sayı 1 (2), s. 23–28.
- AKSU Muharrem ve TURHAN Faruk (2012), “Yeni Tehditler, Güvenliğin Genişleme Boyutları ve İnsani Güvenlik”, *Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, s. 69.
- AKYÜREK Güçlü (2014), “İhmalî Suçlar”, *İçinde, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Yayını*, İstanbul, s. 139-158.
- ALACAKAPTAN Uğur (1975), *Suçun Unsurları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 372, Sevinç Matbaası, Ankara.
- ALAN-AKCAN Esra (2013a), “Ötanazi”, *İÜHFM*, Sayı LXXI (1), ss. 3-26.

- ALAN-AKCAN Esra (2013b), “Türk Hukukunda Ötanazi”, *İçinde, Ötanazi*, Ed. Çağatay ÜSTÜN, İzmir, Ege Üniversitesi Basımevi, Sayı 122, ss. 97-141.
- ALTAY Gül (2005), Nitelikli Yaşam Hakkı için Ötanazi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), *İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*.
- ALTINDIŞ Selma, COŞAR Esra, ATASOY Ali Rıza, AKBABA Beyza, ŞİMŞİR İsmail ve ÖZ Semra (2019), “Sağlık Uygulamalarında Defansif Tıp”, *Balıkesir Medical Journal*, Sayı 3 (1), ss. 12-19.
- ALTUN Gürcan, YORULMAZ Abdullah Coşkun (2010), “Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis”, *Trakya Univ Tıp Fak Derg*, Sayı 27-Suppl 1, ss. 7-12.
- ALVER Cemil (1996), *Memur Suçları ve Memur Soruşturması*, Feryal Matbaacılık, Ankara.
- AMİKLİOĞLU Hüseyin (2015), “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, *Fatih Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 3 (1), ss. 97-115.
- ANTALYA O Gökhan (2020), *Hukuk Teorisi*, Cilt-I, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ANTOLISEI Francesco (1957), *Manuale di Diritto Penale*, Dott. A Giuffrè Editore, Milano.
- ANTOLISEI Francesco (2000), *Manuale di Diritto Penale*, PG., Quindicesimo edizione aggiornata e integrata da L. Conti, Milano, s. 219, *Aktaran Zeki HAFIZOĞULLARI* (2021), Türk Ceza Hukuku Ders Notları, DOCZZ, <https://doczz.it/doc/1387671/t%C3%BCrk-ceza-hukuku-ders-notlar%C4%B1?ysclid=lg2he2gqgl95914619>. ET. 04.06.2021
- APAYDIN Cengiz (2011), “Taksirle Yaralama Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, ss. 59-114.
- APAYDIN Cengiz (2022a), *Doktorların Tıbbi Müdahaleden veya Müdahalesizlikten Doğan Cezai Sorumluluğu*, Ege Reklam Basım Sanatları, İstanbul, ss. 236-238.
- APAYDIN Cengiz (2022b), “Kasten İşlenen İhmali Suçlar”, Hukuki Haber, <https://www.hukukihaber.net/kasten-islenen-ihmali-suclar-makale.10088.html>. ET. 25.09.2022.
- ARIES Philippe (1991), *Batının Ölüm Karşısında Tavırları*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Gece Yayınları, Ankara, ss. 87-88.

- ARSAL Sadri Maksudi (1948), “Hukuk İlimi ve Sosyoloji-I, Hukuk Kavaidi ve Hukuk İlimi,” *İçinde, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi* (2007), Cilt 17, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, s. 60-72, https://node1.123dok.com/dt09pdf/9libnet/000/041/41185.pdf_file.pdf?X-Amz-Content-Sha256=UNSIGNED-PAYLOAD&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=7PKKQ3DUV8RG19BL%2F20210919%2F%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20210919T155559Z&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Expires=600&X-Amz-Signature=2bff3fcdb1e6ba5b95549b221f4c566079773c91576d32003844c2172752ece6 (<https://9lib.net/document/rz31vp9y-baslik-i-lmi-sosyoloji-kavai-di-ilmiyazar-sadri-maksadi-tarihi.html>), ET. 20.09.2021
- ARSLAN Mehmet (2020), “KOVİD-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXIV, Sayı 3, ss. 361-384.
- ARSLANTÜRK Mustafa (2020), *Öldürme Suçları*. 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, ss. 292-305.
- ARTUK Mehmet Emin (2008), “Hekimler Açısından Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, *İçinde, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Hukukunun Güncel Sorunları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Birinci Baskı, Ankara, ss. 427-463.
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet ve YENİDÜNYA Ahmet Caner (2009), *Türk Ceza Kanunu Şerhi-Özel Hükümler*, Madde: 76-131, Cilt 3, Turhan Kitabevi, Ankara, ss. 269-282.
- ARTUK Mehmet Emin ve ALŞAHİN Mehmet Emin (2012), “Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK. m. 98)”, *MÜHF – HAD*, S. 18 (1), ss. 3-38.
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, ALŞAHİN Mehmet Emin ve ÇAKIR Kerim (2017), *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, ALŞAHİN Mehmet Emin ve ÇAKIR Kerim (2017), *Ceza Hukuku-Özel Hükümler*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, ALŞAHİN Mehmet Emin ve ÇAKIR Kerim (2019), *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*. 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ATEŞ Afranur ve AŞICIOĞLU Faruk (2019), “Uyuşturucu Madde Suistimalinde Hekimlerin İhbar Yükümlülüğü”, *Türkiye Klinikleri J Foren Sci Leg Med*, Sayı 16 (1), ss. 70-72.
- ATEŞ Barış (2011), *5237 Sayılı (Yeni) Türk Ceza Kanunu’nda Görevi Kötiye Kullanma ve Görevi İhmal Suçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Trakya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Edirne.
- AVCI Mustafa, YERDELEN Erdal (2015), “Karar İncelemesi – Garantörsel İhmal Suçta İhmal ve İcrai Davranış Ayrımı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XIX (1), ss. 163-190.
- AYAN Mehmet (1991), *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Yayınları, Ankara.
- AYNACI Yusuf (2008), *Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması* (Yayımlanmamış Tıpta Uzmanlık Tezi), *Selçuk Üniversitesi, Meram Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı*, Konya.
- AZİZOĞLU Mustafa (2014), “Hekimlerin Ötenazi Hakkındaki Görüşleri”, *Cerrahpaşa Öğrenci Bilimsel Dergisi*, Cilt 6 (7).
- BABA Yasemin (2010), *Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık*. 1. Baskı, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, *On İki Levha Yayınları*, İstanbul.
- BACAKSIZ Pınar (2013), “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 8 (21), ss. 119-138.
- BAĞÇECİ Hamide (2021), *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkının Anayasal Temelleri Üzerine Yorumlar. İçinde, V. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Oktay BAHADIR (2009), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 3.

- BALCI Hasan (2020), *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İcrai Hareketle Görevi Kötüye Kullanma Suçu (m.257/1)* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi AD, Isparta.
- BALSEVEN-ODABAŞI Aysun ve TÜMER Ali Rıza (2006), “Çekinik (Defansif) Hekimlik; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Uygulanma Aşamasında Toplum Bekleyen Tehlike”, *Sted*, Sayı 15 (4), ss. 55-59.
- BANARLI Nihad Sâmî (1998), *Resimli Türk Edebiyatı Tarihi*. Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, s. 568.
- BARBER V. SUPERIOR COURT OF STATE OF CALİFORNİA (1983), *Nejdl v. Superior Court of State of California*. California, Court of Appeal, Second District, Division 2., *West's Calif Report*. 195, ss. 484-94, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11648259>. ET. 24.06.2017
- BARLIOĞLU Hüseyin Cem (2018), *Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis*. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- BAŞER A, KOLCU G, ÇIĞIRGİL Y, KADINKIZ B ve ÖNGEL K (2014), “İzmir Karşıyaka İlçesinde Görev Yapan Aile Hekimlerinin Defansif Tıp Uygulamaları ile İlgili Görüşlerinin Değerlendirilmesi”, *Smyrna Tıp Dergisi*, Sayı 3, ss. 16-24.
- BAŞTÜRK Engin (2003), “Do - Not - Resuscitate (DNR) Talimatının Temel Etik İlkeler Açısından Değerlendirilmesi”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, Sayı 11 (1), ss. 12-21.
- BAUNGAARD Nathalie, SKOVVANG Pia, HVIDT Elisabeth Assing, GERBILD Helle, ANDERSEN Merethe Kirstine ve LYKKEGAARD Jesper (2020), “How Defensive Medicine is Defined and Understood in European Medical Literature: Protocol for a Systematic Review”, *BMJ Open*, Sayı 10 (2), e034300, ss. 1-13.
- BAYRAKTAR K (1972), *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul.
- BAYRAKTAR Köksal (2013), “Kasten Adam Öldürme”, *İçinde, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, Pasifik Ofset, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, ss. 57-77.
- BAYRAKTAR Köksal, KESKİN-KİZİROĞLU Serap, YILDIZ Ali Kemal, MEMİŞ-KARTAL Pınar, ALTUNÇ Sinan, BOSTANCI-BOZBAYINDIR Gülşah,

- ERMAN Barış, EROĞLU-ERMAN Fulya, KURT Gülşah ve SINAR Hasan (2017), *Özel Ceza Hukuku/ Cilt-II/ Kişilere Karşı Suçlar*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- BELL Alessia T (2000), “Criminal Law/Medical Malpractice: Court Strikes Down Murder Conviction of Physician Where Inappropriate Care Led to Patient’s Death”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Sayı 28 (2), ss.194-195
- BENTHAM Jeremy (1789), *Principles of Morals and Legislation*, Bölüm XVII, Londra.
- BERGEN Richard B (1974), “Defensive Medicine is Good Medicine”, *The Journal of The American Medical Association*, Sayı 228 (9), ss. 1188-1189.
- BERNHARDT Rudolf (2006), “Schutz von Leben und Gesundheit durch europäische Grundrechte”, *İçinde, Medizin-Recht-Geschichte: Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, Ed. Bernd-Rüdiger KERN, Elmar WADLE, Klaus-Peter SCHROEDER ve Christian KATZENMEIER, HUMANIORA Medizin — Recht — Geschichte. Springer, Berlin, Heidelberg.
- BESİRİ Arzu (2009), “Ötenazi ve Yaşam Hakkı”, *TBB Dergisi*, Sayı 86, ss. 188-203.
- BESTER Johan Christiaan (2020), “Defensive Practice is Indefensible: How Defensive Medicine Runs Counter to the Ethical and Professional Obligations of Clinicians”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, Sayı 23, ss. 413-420.
- BETTİOL Giuseppe (1976), *Diritto penale*, Padova.
- BEYAZ Ekrem (2019): “Hukuk Dilinin Kirlenmesi ve Garantör, Garantörsel, Garantörsellik Terimleri Üzerine”, *Türk Dili*, ss. 70-78.
- BHATTACHARYA S, KAUSHAL K ve SINGH A (2018), “Medical violence (Yi Nao Phenomenon): Its past, present, and future”, *CHRISMED J Health Res*, Sayı 5, ss. 259-63.
- BLAU Kerstin (2005), “Neuere Entwicklungen in der Schutzpflichtdogmatik des EGMR am Beispiel des Falles Vo/Frankreich”, *ZEuS*, Heft 3, ss. 400.
- BRUNHÖBER Beatrice (2014), “Ceza Hukuku ve Hukuk Felsefesi Bakış Açısından Ölüme Yardım”, *İçinde, Tıp/Sağlık Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 14*, Çev. Yener ÜNVER, Seçkin Yayınları, Ankara.
- BUNDESÄRZTEKAMMER (2011), “Bekanntmachungen, Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung”, *Deutsches Ärzteblatt*.

- BURNS Jeffrey P ve TRUOG Robert D (2007), “Futility: A Concept in Evolution”, *Chest*, Sayı 132 (6), ss. 1987-1993.
- BÜYÜKYAY Yusuf (2004), “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, *AÜEHFD*, C. VIII, Sayı 1-2, ss. 383-396.
- CATİNO Maurizio (2011), “Why do Doctors Practice Defensive Medicine? The Side-Effects Of Medical Litigation”, *Safety Science Monitor*. Cilt 1, Sayı 4, ss. 1-12.
- CENTEL Nur, CENTEL Hamide ZAFER ve ÇAKMUT Özlem (2017), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul.
- CENTEL Nur ve ZAFER Hamide (2005), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul.
- CİN M Onursal (2004), *Tıbbi Etik ve Cezai Sorumluluk* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya.
- COŞAR Ahsen (2009), “Hasta Hakları”, *Sağlık Hukuku Digestası*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, s. 11.
- ÇALIŞKAN Deniz, ÖZDEMİR Oya ve AKDUR Recep (2003): “Abidinpaşa Sağlık Grup Başkanlığı Bölgesinde Çalışan Hekimlerin Ötanazi Konusunda Bilgi Tutum Davranışları ile İlgili bir Çalışma”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi*, Ankara, Sayı 11 (2), ss. 91-101.
- ÇALIŞKAN Suat (2022), “Terk Suçu”, *Kararara.com* ve *Hukuki Haber*, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=605220>, <https://www.hukukihaber.net/terk-sucuET>. 03.04.2022
- ÇALIŞKAN Suat (2022), “Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu”, *Hukuki Haber*, <https://www.hukukihaber.net/yarim-veya-bildirim-yukumlulugunun-yerine-getirilmemesi?ysclid=lfzajlc1ah396552365>. ET. 03.04.2022
- ÇAVUŞOĞLU Dilek (2018), Hekimin Cezai Sorumluluğu ve Ceza Hukuku Açısından Özellik Arz Eden Tıbbi Müdahaleler (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), *Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı*, İstanbul.
- ÇELEN Ömer (2007), “Ölüm Yardımı Açısından Hekimin Sorumluluğu”, *EÜHFD*, Cilt 2, Sayı 34, ss.51-80.

- ÇELİK Miraç (2020), “İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kusursuz Sorumluluğu”, *İçinde, Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, 1. Cilt, Atılım Üniversitesi Yayınları- No: 65, Hukuk Fakültesi Yayınları- No: 3.*
- ÇIMRİN Çiğdem (2017), “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Bakımından Devletlerin Pozitif Yükümlülüğü”, *TBB Dergisi, Sayı 128, ss. 9-38.*
- ÇİLİNGİROĞLU C (1993), *Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul.*
- DALL’ORA Alberto (1950), *Condotta Omissiva e Condotta Permanente nella Teoria Generale del Reato, Giuffrè, Milano, s. 4, Aktaran Yaprak ÖNTAN (2020), Ceza Hukukunda Davranış ve Netice (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, s. 10.*
- DE VİLLE Kenneth (1998), “Act First and Look Up the Law Afterward: Medical Malpractice and the Ethics of Defensive Medicine”, *Theoretical Medicine and Bioethics, Sayı 19, ss. 569–589.*
- DELOGU Tullio (1984), “Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 39 (1), ss. 115-124.*
- DEMİRBAŞ Timur (1987), “Türk Ceza Kanunu’nda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri”, *İçinde, Kudret Ayiter Armağanı, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 249-278.*
- DEMİRBAŞ Timur (2018), *Ceza Hukuku-Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.*
- DEMİR-BAYRAM Simge (2020), “İdare Hukuku Açısından Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmeti”, *ÇÜHFD, Cilt 5, Sayı 1, ss. 455-492.*
- DEMİREL Birol (2005), “Hekimin Yasal Sorumlulukları”, *Gazi Tıp Dergisi, Sayı 16 (3), s. 102.*
- DEMİRÖRS Özge ve ARSLAN-HIZAL Sevinç (2016), “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 65, Sayı 4, ss. 1481-1516.*
- DOĞAN Cahid (2011), “Tedaviyi Kabul Etmeme ve Durdurma Hakkı”, *İçinde, II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi (İstanbul-2009), İstanbul, s. 314.*

- DONAY Süheyl (1978), *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 2378, Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 535, İstanbul.
- DÖNMEZER Sulhi (1977), *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 10. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul.
- DÖNMEZER Sulh (1994), “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, *İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt IX (3 – 4) ss. 473-494.
- DÖNMEZER Sulhi ve ERMAN Sahir (1994), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt: I, 11. Baskı, İstanbul.
- DÖNMEZER Sulhi ve ERMAN Sahir (1994), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt-II. 8. Basım, İstanbul.
- DÖNMEZER S (1995), *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 14. baskı, İstanbul.
- DUDEJA Sankalp ve DHİRAR Nonita (2018), “Defensive medicine: Sword of Damocles”, *The National Medical Journal of India*, Sayı 31 (6), ss. 364-365.
- DÜLGER Volkan Murat (2021), *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 1. Baskı, Hukuk Akademisi Yayıncılık, İstanbul.
- EBU ZEHRA Muhammed (1994), *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, Çev. İbrahim Tüfekçi, Cilt-1, Kitabevi Yayınları, İstanbul.
- EFENDİ M Asım (1272), *El-Okyanusu'I-Basit fi Tercümeti'l-Kamusi'I-Muhit* (Cilt III). İstanbul.
- EKER-KAZANCI Behiye (2012), “Karşılaştırmalı Hukukta Tıbbi Uygulama Hatası”, *İçinde, Oftalmolojide Malpraktis, Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları*, Ed. KAYNAK Süleyman, YAZAR Zeliha, 1. Baskı, Türk Oftalmoloji Derneği Eğitim Yayınları No: 14, Galenos Yayınevi, İstanbul.
- EKİCİ-ŞAHİN Meral (2004), “Yardım ve Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m.98)”, *İçinde, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C-I*, İstanbul.
- ER Ahmet, TOPAÇ Ömer ve KAYGUSUZ Serap (2021), *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

- ERBAŞ Rahime (2012), *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul.
- ERBAŞ Rahime (2019a), “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 21 (1), ss. 397-449.
- ERBAŞ Rahime (2019b), *Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- ERDEM Mustafa Ruhan (2009), “Suçu Bildirmeme Suçu”, *TBB Dergisi*, Sayı 80, ss. 105-120.
- ERDOĞDU Ahmet (1951), “Ceza Hukukunda Taksir”, *Adalet Dergisi*, Sayı 10 (42), s. 1680.
- EREM Faruk (1953), “Adam Öldürme”, *AÜHFD*, Cilt X, Sayı 1, ss. 33-91.
- EREM Faruk (1973), *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, Cilt 1, Bölüm 11, Sevinç Matbaası, Ankara.
- EREN Fikret (2015), *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara.
- ERMAN Sahir ve ÖZEK Çetin (1994), *Kişilere Karşı Suçlar*, İstanbul.
- ERSOY Yüksel (2004), “Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları”, *TBB Dergisi*, Sayı 53, ss. 161-190.
- ERTEM Burcu (2015), *Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları* (Yayınlanmamış Doktora Tezi), *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Hukuku) Anabilim Dalı*, Ankara.
- ERTUĞ-ÜNDER Yıldız (2012), “Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddet Olgusu”, *İçinde, Sağlık Hukuku Makaleleri-II*, İstanbul Barosu.
- EŞİTLİ Ezgi Aygün (2013), “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, *TBB Dergisi*, Sayı 104, ss. 225-246.
- FRATI Paola, BUSARDÒ Francesco Paolo, SIRIGNANO Pasqualino, GULINO Matteo, ZAAMI Simona ve FINESCHI Vittorio (2015), “Does Defensive Medicine Change the Behaviors of Vascular Surgeons? A Qualitative

- Review”, *Hindawi Publishing Corporation*, BioMed Research International, <http://dx.doi.org/10.1155/2015/170692>, Article ID 170692, 5 pages, ss. 1-5.
- FREEDMAN A (1993), “The Physician-Patient Relationship and the Ethics of Care”, *Can Med Assoc J*, Sayı 148, ss. 1037-1043.
- FREUND Georg (1992), *Erfolgsdelikt und Unterlassen: Eine Untersuchung zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln; Berlin; Bonn; München, Heymanns, Carl.
- FRIEDENBERG Richard M (2003), “Patient-Doctor Relationships”, *Radiology*, DOI: 10.1148/radiol.2262021300, Sayı 226 (2), ss. 306-308.
- GENOVESE Umberto, AMATO Simona, DEL SORDO Sara, Francesca MOBİLİA ve CASALÌ Michelangelo B (2014), Defensive Medicine and Outcomes for Medical Malpractice Liability, *Ig Sanita Pubbl*. Sayı 70 (2), ss. 235-246.
- GIESELER Kirsten (1999), “Unterlassene Hilfeleistung-§323c StGB”, *Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870*, Baden, Nomos-Verlag-Ges, Sayı 5, s.162.
- GİYİK Abdülbaki (2014), “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüklerin Çatışması”, *Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 9 (2), ss. 175-214.
- GÖCEN Ömer, YILMAZ Ahmet, ASLANHAN Hamza, ÇELEPKOLU Tahsin, TUNCAY Suheyp ve DİRİCAN Emre (2018), “Assistant Physicians Knowledge and Attitudes about Defensive Medical Practices, Work-Related Stress and Burnout Levels”, *TJFMPC*, Sayı 12 (2), ss. 77-87.
- GÖKCAN Hasan Tahsin (2009), “Tıp Uygulayıcılarının Ceza Sorumluluğu ve Yargıtay Kararları”, *İçinde, II. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, ss. 113-128.
- GÖKCAN Hasan Tahsin (2013), *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- GÖKCAN Hasan Tahsin (2017), *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- GÖKCAN Hasan Tahsin ve ARTUÇ Mustafa (2021), *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.III*, Madde 86-146. 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- GÖKCAN Hasan Tahsin (2022), *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- GÖKCEN Ahmet ve BALCI Murat (2011), “Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)”, *MÜHF – HAD*, Sayı 17 (1-2), ss. 95-218.
- GÖREN Sami (2012), *En Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- GÖZLER Kemal (1998), *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A Yayıncılık, Ankara.
- GROPP Walter (2001), *Strafrecht-Allgemeiner Teil. 2, Auflage*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg.
- GUAN Jian (2017), “Origin and Prevention of Workplace Violence in Health Care in China: Legal and Ethical Considerations”, *Chinese Medical Journal*, July-2017, Sayı 130 (14), ss. 1731-1736.
- GÜLEN-KURT Munise (2020), “Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, *TBB Dergisi*, Sayı 146, s. 187-218.
- GÜLTEKİN-DİKEN Nil Melek (2018), *Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- GÜNDEL Ahmet (2009): *Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 2. Cilt (Madde 53-125)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- GÜRCAN Ertuğrul Cenk (2011), “Ötenazi, Yaşam Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 60 (2), s. 265.
- GÜVEN Kudret (2000), *Kişilik Hakları ve Ötenazi*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara.
- HAFIZOĞULLARI Zeki (1978), “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXXV, Sayı 1 (4), ss. 215-279, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/48319/2925.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. ET. 05.09.2021
- HAFIZOĞULLARI Zeki (1996), “Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 45, Sayı 1, ss. 3-21, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2717.pdf>. ET. 05.09.2021
- HAFIZOĞULLARI Zeki ve GÜNGÖR Devrim (2007), “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, *TBB Dergisi*, Sayı 69, ss. 21-50.

- HAFIZOĞULLARI Zeki (2021), Türk Ceza Hukuku Ders Notları, DOCZZ, <https://doczz.it/doc/1387671/t%C3%BCrk-ceza-hukuku-ders-notlar%C4%B1?ysclid=lg2he2gggl95914619>. ET. 04.06.2021
- HAKERİ Hakan (2003), *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- HAKERİ Hakan (2005), *Sorularla Ceza Hukuku*, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara.
- HAKERİ Hakan (2006), *Kasten Öldürme Suçları (TCK 81-82-83)*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- HAKERİ Hakan (2007), *İçinde, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzinan, 15-16 Mayıs 2006*, Ed. Cem BAYGIN, Metin UÇAR, Yusuf BÜYÜKYAY, Yetkin Yayınevi, Ankara.
- HAKERİ Hakan (2011a), “Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi”, *İçinde, II. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009*, On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- HAKERİ Hakan (2011b), “Hekimin Yükümlülükleri”, *İçinde, II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010*, Ed. Nilgün Sarp, Lefke Avrupa Üniversitesi, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Adalet Yayınevi, Ankara.
- HAKERİ Hakan (2015), *Tıp Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- HAKERİ Hakan (2020), *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 23. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- HAKERİ Hakan (2022), “Kasten Öldürmenin İhmalî Davranışla İşlenmesi”, *İçinde, Tıp Ceza Hukuku*, Ed. Hakan HAKERİ, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- HATEMİ Hüseyin (2006), “Özel Hasta Gruplarının Hakları”, *Sağlık Hakkı Dergisi*, Sayı 1, ss. 42-44.
- HATİPOĞLU Gözde (2021), *Hekimin Görevi Kötüye Kullanma Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- HAWORTH Kobi (2015), “Medical futility: The Struggle to Define an Ancient Concept in a Modern Clinical Context”, *American Medical Student Journal*, Wednesday, December 2nd, 2015, <https://www.amsj.org/archives/4514>. ET. 13.07.2022
- HEİNRICH Bernd (2014), *Ceza Hukuku-Genel Kısım/I*, Çev. ÜNVER Yener, Adalet Yayınevi, Ankara.

- HEINRICH Bernd (2014), *Ceza Hukuku-Genel Kısım/II*, Çev. ÜNVER Yener, Adalet Yayınevi, Ankara.
- HILGENDORF Eric (2005), “Tragische Fälle. Extremsituationen und strafrechtlicher Notstand”, Sicherheit statt Freiheit- Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefahrdungslagen (Hg.: Ulrich Blaschke, Achim Förster, Stephanie Lumpp, Judith Schmidt), *Sonderdruck aus: Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 1002*, Berlin, s. 126, Aktaran Burcu Ertem 2015, age, s. 581.
- HOHN Kristian (2008), *Grundwissen-Strafrecht: Handlungs- und Erfolgsunrecht*. JuS, s. 494, Aktaran Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2019, age, s. 172.
- IŞIK-YILMAZ Şevkiye Berfin (2012), “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *TBB Dergisi*, Sayı 98, ss. 389-410.
- İÇEL Kayıhan (1967), *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Cezaevi Matbaası, İstanbul, s.145, Aktaran Hakan HAKERİ 2015, age, s. 613.
- İÇEL Kayıhan (2016), *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 16. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul.
- İÇEL Kayıhan, SOKULLU-AKINCI Füsün, ÖZGENÇ İzzet, SÖZÜER Âdem, MAHMUTOĞLU Fatih S ve ÜNVER Yener (2000), *İçel Suç Teorisi*, 2. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul.
- İLİÇİN-GÖNENÇ Fulya (2015), “Hukuki ve Etik Açından Resüsitasyon”, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Platformu, SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, <https://www.sdplatform.com/Dergi/896/Hukuki-ve-etik-acidan-resusitasyon.aspx>. ET. 13.07.2022
- İNCEOĞLU Sibel (1999), *Ölme Hakkı*, 1. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul.
- İZMİR BAROSU: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi).
- JESCHECK Hans-Heinrich ve WEIGEND Thomas (1996), *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* [The General Part of the Criminal Law], 5th Edition, Dunckner & Humboldt, Berlin.

- KACHALIA Allen ve MELLO Michelle M (2013), “Defensive Medicine-Legally Necessary but Ethically Wrong?”, *JAMA Intern Med*, Sayı 173 (12), ss. 1056-1057.
- KARAHAN Abdurrahman Burak (2019), “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, *İçinde, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı 25 (2), ISSN 2146-0590, DOI: 10.33433/maruhad.667619, ss. 948-978,
- KARAKAŞ-DOĞAN Fatma (2015), *Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları*, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- KARATAŞ Mehmet ve YAKINCI Cengiz (2010), “Tıbbi Hata Nedenleri ve Çözüm Yolları”, *İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, Sayı 17 (3), ss. 233-236.
- KAŞIKÇI Osman (2008), “Hukuk Tarihinde Ötanazi”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, Sayı 6, ss. 85-99.
- KAYA Ali (1994), İslam Hukukuna Göre Ötanazi, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, ss. 133-146.
- KAYA Mehmet (2012), “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, Sayı 100, ss. 45-82.
- KAYA Mine (2012), “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, Sayı 100, ss. 45-82.
- KAYAER Nebahat (2000), “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğünün İstisnaları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 15 (170), ss. 2032-2048.
- KAYAER Nebahat (2012), Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), *Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı*, İzmir.
- KAYMAZ Seydi ve GÖKCAN Hasan Tahsin (2006), *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- KEÇELİGİL Hasan Tahsin (2016), *Türk Ceza Hukukunda Taksirin Esasları*, Yetkin Yayınları, Ankara.

- KEÇELİGİL Hasan Tahsin (2019), “Hekimin Taksirden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, *İçinde, Tıp Hukuku*, Ed. Zerrin Z ERKOL, Yakup Gökhan DOĞRAMACI, 1. Baskı, Türkiye Klinikleri, Ankara.
- KEÇELİGİL Hasan Tahsin (2021), “Covid-19 Pandemisinde Hasta Seçimi Bakımından Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Etik İlkeleri Bağlamında Hekimin Ceza Sorumluluğu”, *İçinde, Bir Küresel Salgın ve Hukuk: COVID-19*, Ed. BATI Murat, ÇAĞLAYAN Sezai, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- KEÇELİOĞLU Elvan (2015), *Taksirli Suçun Dogmatığı*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- KESSLER DP (1994), “Medical Malpractice, Defensive Medicine, and Physician Supply”, *İçinde, Anthony J. Culyer, Encyclopedia of Health Economics*. ss. 260-262,
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780123756787011068>.
ET. 03.04.2021
- KEYMAN Süleyman (1978), “Hekimin Ceza Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 35 (1), ss. 57-89.
- KEYMAN Selahattin (1981), *Hukuka Giriş ve Metodoloji*, Doruk Kitap ve Yayınevi, Ankara.
- KEYMAN Selahattin (1981), “Hukukta Bir Tanım Denemesi”, *İçinde, Prof. Dr. Akif Erginay'a Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 460, Ankara.
- KEYMAN Selahattin (1983), “Suç Genel Teorisinin İki Temel Sorunu: Genel ve Soyut Hareket Kavramı-Suçun İncelenmesinde Tekçi ve Tahlilci Yöntemler”, *İçinde, Prof. Dr. Fadıl Hakkı Sur'un Anısına Armağan*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara.
- KEYMAN Selahattin (1988), “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 40 (1), ss. 121-171.
- KİRKİT Ecem (2016), *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan (2016), *Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan (2019), *Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- KOÇAK-SÜREN Özlem (2010), “Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi, Türk Ceza Kanunu 83. Madde”, *TBB Dergisi*, Sayı 90, ss. 248-294.
- KÖK Ahmet Nezih (2005), “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza”, *Kamu Hukuku Arşivi*, Cilt 8, ss. 116-121.
- KUMRAL Bahadır ve ÖZDEŞ Taşkın (2013), “Tekirdağ İlindeki Hekimlerin Ötenaziye Yaklaşımlarının Değerlendirilmesi”, *Int J Basic Clin Med*, Sayı 1 (3), ss.150-156.
- KUNT Mehmet Mahir ve KARACA Mehmet Ali (2020), “COVID 19 Pandemic and Emergency Service Triage”, *Anatolian Journal of Emergency Medicine*, Sayı 3 (3), ss. 96-98.
- KUNTER Nurullah (1955), Hukuk Umumi Nazariyesinde “Fiil” ve Bir Suç Unsuru Olarak “Netice”. *İçinde A. Samim Gönensay’a Armağan*, İstanbul, s. 194-211.
- KUNTER Nurullah (1955), *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, s. 35, *Aktaran Hakan HAKERİ* 2003, age, s. 65.
- KURBAN Yasin (2019), “İslam Hukuku ve Pozitif Hukuk Açısından Suç Genel Teorisi Bağlamında Hareket”, *EKEV Akademi Dergisi*, Cilt 23 (77), ss. 411-448.
- KURT Munise Gülen (2020): “Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, *TBB Dergisi*, Sayı 146, ss. 187-218.
- KÜÇÜK Mert (2018), “Defensive Medicine Among Obstetricians and Gynaecologists in Turkey”, *Journal of Obstetrics and Gynaecology*, Sayı 38 (2), ss. 200–205.
- LA PIETRA L, CALLIGARIS L, MOLENDİNİ L, QUATTRİN R ve BRUSAFERRO S (2005), “Medical Errors and Clinical Risk Management: State of The Art”, *Acta Otorhinolaryngol Ital*, Sayı 25, ss. 339-346.
- LAREAU François (2021), *Selected Bibliography on Omissions in Criminal Law, Comparative Law with Elements of Philosophy*, <http://www.lareau-law.ca/omission.htm9>. ET. 03.07.2021
- LAUFS Adolf ve UHLENBRUCK Wilhelm, (2015) *Handbuch des Arztrechts*, 3. neubearb. Aufl., Verlag C. H. Beck, München.

- LEXPERA (2022), “765 Sayılı Türk Ceza Kanunu – Mülga”, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-ceza-kanunu-765>, ET. 12.12.2022
- LİANG BA (2002), “A system of medical error disclosure”, *Qual Saf Health Care*, Sayı 11, ss. 64–68.
- MAGNUS Dorothea (2014), “Ölüme Yardım ve Demans”, *Tıp/Sağlık Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 14*, Çev. Kerem Öz, Seçkin Yayınları, Ankara.
- MAHMUTOĞLU Fatih Selami (2006), Fatih Selami MAHMUTOĞLU (2004), “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen TCK Tasarısı Hakkında Görüş”, *İçinde, (TBB)-TCK Reformu*, s. 370-371, Aktaran Emre AKBULUT 2006, age, s. 183-224.
- MAİWALD Manfred (1981), *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, Juristische Schulung, ss. 473-483.
- MALKOÇ İsmail (1994), “Görevi İhmal Suçu”, *TBB Dergisi*, s. 27-40.
- MEMİŞ-KARTAL Pınar (2013), “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, ISSN: 2146-0590/2529-0142, Cilt 19, Sayı 2, ss. 1373-1395.
- MEMMER Michael (2002), “Wann endet die Behandlungspflicht des Arztes?“, *Imago Hominis*, Sayı 9 (1), ss. 51- 59.
- MERAN Necati (2006), *Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- MERAN Necati (2007), *Yeni Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- MERRIAM-WEBSTER (2023), “Euthanasia”, Merriam-Webster.com Dictionary, Merriam-Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/euthanasia>, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/euthanasia>. ET. 14.01.2023
- MERRIAM-WEBSTER (2023), “Thanatos”, Merriam-Webster.com Dictionary, Merriam-Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/Thanatos>, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/Thanatos>. ET. 14.01.2023
- METİN Yüksel (2010), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 7, Sayı 27, ss. 111-132.

MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2022), “TCK Madde 191- Değişik: 18/6/2014-6545/68 md.,

<https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>. ET. 17.12.2022

MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2022), TCK m.192/4. “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. Ek cümle: 24/11/2016-6763/16 md. Bu durumda kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279 uncu ve 280 inci maddeler uyarınca suçu bildirme yükümlülüğü doğmaz.”

<https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>. ET. 16.12.2022

MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2022) Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği,

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4798&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>. ET. 27.04.2022

MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), Anayasa,

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>. ET. 05.02.2021

MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), Anayasa,

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>. ET. 17.02.2021

MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik,

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=8202&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>. ET. 12.04.2021

MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği,

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=20164&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>. ET. 23.10.2021

MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), Hasta Hakları Yönetmeliği,

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>. ET. 05.02.2021

- MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1219.pdf>. E.T. 08.02.2021
- MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2022), Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (Resmî Gazete Tarihi: 19.2.1960, Resmî Gazete Sayısı: 10436), <https://mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf>. ET. 29.06.2022
- MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2022), Türk Ceza Kanunu, <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>. ET. 03.10.2022
- MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ (2021), Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, <https://mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1593.pdf>. ET. 08.02.2021
- MINOSSÍ José Guilherme ve DA SÍLVA Alcino Lazaro (2013), “Defensive Medicine: A Necessary Practice?”, *Rev Col Bras Cir*, Sayı 40 (6), ss. 494-501.
- MİTTAL Shilekh ve GARG Sonia (2017), “Violence Against Doctors- an Overview”, *J. Evolution Med. Dent. Sci*, Sayı 6 (33), ss. 2748-2751.
- MOHR James C (1993), *Doctors and the Law: Medical Jurisprudence in Nineteenth-Century America*, Oxford University Press, New York, Sayı 283, ss. 1731–1737.
- MOHR James C (2000), American medical malpractice litigation in historical perspective, *JAMA*, S. 283, ss. 1731–1737.
- MORATTÍ Sofia (2009), “The Development of “Medical Futility”: Towards a Procedural Approach Based on the Role of the Medical Profession”, *J Med Ethics*, Sayı 35 (6), ss. 369-372.
- NAHED Brian V, BABU Maya A, SMITH Timothy R ve HEARY Robert F (2012), Malpractice Liability and Defensive Medicine: A National Survey of Neurosurgeons, *PLoS ONE*, S. 7 (6). e39237. doi: 10.1371 / journal. pone. 0039237, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/22761745/>. ET. 14.02.2021
- NAMAL Arın (2013), “Etik Açından Ötanazi ve Türleri”, *İçinde, Ötanazi*, Ed. Çağatay ÜSTÜN, İzmir, Ege Üniversitesi Basımevi, Sayı 122, ss. 31-76.
- NAMAL Arın (2017), “Pro ve Contra Argümanlarla Etik Açından Ötanazi”, *İçinde, Kadir Has Üniversitesi, III. Uluslararası Sağlık Hukuku, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- OKANDAN Recai Galip (1956), “Romalıları Suç Telakki Ettikleri Fiiller ve Bunlara Tereddüp Eyleyen Cezalar”, *İçinde, Tahir Tahir Taner’e Armağan*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.
- OKUYUCU-ERGÜN Güneş (2008), *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, 1. Baskı, Çakmak Yayınevi, İstanbul.
- OKUYUCU-ERGÜN Güneş (2009), “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, *TBB Dergisi*, Sayı 82, ss. 1-31.
- ONAR Ali Osman (2022), “Ötanazi”, *TBB Dergisi*, Sayı 158, ss. 5-76.
- ORTASHI Osman, VIRDEE Jaspal, HASSAN Rudaina, MUTRYNOWSKI Tomasz ve ABU-ZIDAN Fikri (2013), “The practice of defensive medicine among hospital doctors in the United Kingdom”, *BMC Med Ethics*, Cilt 14, Sayı 42, <https://doi.org/10.1186/1472-6939-14-42>.
- OZANOĞLU Hasan Seçkin (2003), “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52 Sayı 3, ss. 55-77.
- OZANSÜ Mehmet Cemil (2007), *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, ss. 193-194.
- ÖLÇME, SEÇME VE YERLEŞTİRME MERKEZİ (2021), 2020-TUS, 1. ve 2. Dönem Değerlendirme Raporu, <https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2020/GENEL/TUSdonem1-2degrapor22012021.pdf>. ET. 21.02.2021
- ÖMEROĞLU Ömer (1993), “Ötanazi”, *TBB Dergisi*, Sayı 2, ss. 187-205.
- ÖNDER Ayhan (1991), *Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler*, 3. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul.
- ÖNDER Ayhan (1992), *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- ÖNDER Ayhan (1994), *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- ÖNDER Ayhan (1994), *Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- ÖNOK Rıfat Murat ve ÖNAY Işık (2019), “Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Sayı 77 (2), ss. 847–895.

- ÖNTAN Yaprak (2020), “Ceza Hukukunda Davranış ve Netice”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), *Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı*, Ankara.
- ÖZALTAY Bülent (1996), “Ötanazi ve Getirdiği Etik Sorunlar”, (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi), *İstanbul Üniversitesi, İstanbul Tıp fakültesi, Deontoloji ve Tıp Tarihi AD*, İstanbul.
- ÖZATA Musa, ÖZER Kubilay ve AKKOCA Yusuf (2018), “Konya İl Merkezinde Çalışan Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması”, *Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi (GÜSBD)*, Sayı 7 (1), ss. 132-139.
- ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN Koray ve BACAKSIZ Pınar (2019), *Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN Koray ve BACAKSIZ Pınar (2019), *Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZCAN Burcu G ve ÖZEL Çağlar (2007), “Kişilik Hakları- Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, Sayı 10 (1), ss. 49-73.
- ÖZCAN Zeynep ve ÖZCANOĞLU Ayşe Betül (2020), “Yargıtay İçtihatları Işığında Altında Malpraktis Komplikasyon Ayrımına Bağlı İspat Sorunları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 8 (16), ss. 289-315.
- ÖZDEMİR Gazi (2013), *Allah'ın Tek Dini İslam'a Son Davet – KUR'AN*, 1. Baskı, Şira Yayınları, İstanbul.
- ÖZDEMİR Neriman (2019), “İlkyardım ve Acil Yardım Gereken Hallerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Sayı 93 (1), ss. 198-224.
- ÖZDEMİR Saibe Oktay (2010), “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”, *İçinde, Rona Serozan Armağanı, C-II*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- ÖZEN Muharrem (2017), *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 245.
- ÖZEN Muharrem ve EKİCİ-ŞAHİN Meral (2010), “Ötanazi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 68, ss. 15-36.

- ÖZEN Mustafa (2007), *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ÖZEN Mustafa (2017), *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ÖZER Özlem, TAŞTAN Kenan, SET Turan, ÇAYIR Yasemin ve ŞENER Mustafa Talip (2015), “Tıbbi Hatalı Uygulamalar”, *Dicle Tıp Dergisi*, Sayı 42 (3), ss. 394-397.
- ÖZGENÇ İzzet (2005), *Türk Ceza Kanunu-Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZGENÇ İzzet (2006), *Türk Ceza Kanunu-Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZGENÇ İzzet (2007), “Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk”, *İçinde, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Cilt-II*, İstanbul.
- ÖZGENÇ İzzet (2018), *Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZGENÇ İzzet (2021a), “İhmali Suç Teorisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXV, Sayı 4, ss. 303-378.
- ÖZGENÇ İzzet (2021b), *Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZGENÇ İzzet (2022), “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları”, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Platformu*, <https://www.sdplatform.com/Dergi/169/Saglik-meslegi-mensuplarinin-sucu-bildirme-yukumlulugunun-kapsam-ve-sinirlari.aspx>. ET. 05.03.2022
- ÖZGENÇ İzzet, ŞAHİN Cumhur (2003), “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, *GÜHFD*, Cilt VI, Sayı 1-2, ss. 189-238.
- ÖZGÜÇ Levent Emre (2019), “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0016>. ET. 23.10.2021
- ÖZKARA Erdem (2001), *Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar*, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- ÖZOK Özdemir (2008), Tıp Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008). 1. Baskı, Ankara, *Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 142*, s. 3-8.
- ÖZPINAR Berna (2008), “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, s. 269-292.
- ÖZTÜREL Adnan (1957), “Ötanazi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 14 (1-4), ss. 261-273.
- ÖZTÜRK Bahri (2004), “Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi ve İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Grubu Toplantı Notları”, *İçinde, (TBB)-TCK Reformu*, s. 324, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck_reformu2.pdf, ET. 01.01.2023, Aktaran Emre AKBULUT 2006, age, s. 183-224.
- ÖZTÜRK Bahri (2008), Ötenazi, *İçinde, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 142, s. 104-108.
- ÖZTÜRK Bahri ve ERDEM Mustafa Ruhan (2008), *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 702.
- ÖZTÜRK Bahri ve ERDEM Mustafa Ruhan (2019), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZTÜRKLER C (2006), *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- PANELLA M, RİNALDİ C, LEİGHEB F, DONNARUMMA C, KUL S, VANHAECHT K ve DI STANİSLAO F (2016), “The Determinants of Defensive Medicine in Italian Hospitals: The Impact of Being a Second Victim”, *Rev Calid Asist*, Sayı 31, Suppl 2, ss. 20-25.
- PARLAR Ali ve HATİPOĞLU Muzaffer (2010), *Açıklamalı-Yeni İctihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 76-150. Maddeler, Cilt 2, Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- POLAT Oğuz (2015), *Tıbbi Uygulama Hataları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- PÜSKÜLLÜOĞLU Ali (2004a), *Öz Türkçe Sözlük*, 16. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara.

- PÜSKÜLLÜOĞLU Ali (2004b), *Türkçe Deyimler Sözlüğü*, 5. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara.
- PÜSKÜLLÜOĞLU Ali (2004c), *Türkçe Sözlük*, 7. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara.
- RACHELS James (1975), *Aktif ve Pasif Ötanazi*, Çev. Fatih Köktemir, Ed. Hasan Ayer, Kualia Analitik Felsefe, s. 1-10.
- REICH Michael R (1987), “Essential Drugs: Economics and Politics in International Health”, *Health Policy*, Sayı 8 (1), ss. 39-57.
- RENGIER Rudolf (2012), *Strafrecht Allgemeiner Teil. 5*, Neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck Verlag, München.
- RINALDİ C, LEIGHEB F, VANHAECHT K, DONNARUMMA C ve PANELLA M (2016), “Becoming a "Second Victim" in Health Care: Pathway of Recovery After Adverse Event”, *Rev Calid Asist*, Sayı 31 Suppl 2, ss. 11-19.
- ROGER Aug ve SOREL Alex (1879), *Codes et Lois Usuelles*, Paris.
- ROSENAU Henning (2008), “Aktif Ötanazi”, Çev. Ali İhsan Erdağ, *İçinde, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 142, Ankara, s. 111.
- ROXİN Claus (2003), *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Verlag C. H. Beck, München.
- SANCHEZ Jesus-Maria Silva (2008), “Criminal Omissions: Some Relevant Distinctions”, *New Criminal Law Review*, Sayı 11 (3), ss. 452-469.
- SANDOR Andrew A (1957), “The history of professional liability suits in the United States”, *J Am Med Assoc*, Sayı 163, ss. 459-466.
- SARI Ayşe Başak (2021), “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), *T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü*, İstanbul.
- SARI Mevlüt (1982), *El-Mevarid Arapça Türkçe Sözlük*, İstanbul, Aktaran TÜRKMEN A (2013), *Hasta ve Hekim Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- SAVAŞ Cemil (2008), “Soru-Cevap Kısmı”, *İçinde, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 142, Ankara.
- SAVAŞ Halide (2009), *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- SAVAŞ Halide (2013), *Tıbbi Müdahale Hataları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- SAVULESCU Julian, CAMERON James ve WILKINSON Dominic (2020), “Equality or Utility? Ethics and Law of Rationing Ventilators”, *British Journal of Anaesthesia*, Sayı 125 (1), ss. 10-15.
- SCALAR David ve HOUSMAN Michae (2003), “Medical Malpractice and Physician Liability: Examining Alternatives to Defensive Medicine”, *Harvard Health Policy Review*, Sayı 4 (1), ss. 75-84.
- SCHACHT Joseph (1986), *İslam Hukukuna Giriş (An Introduction to Islamic Law)*, Çev. DAĞ Mehmet ve ŞENER Abdülkadir, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara.
- SCHLÖGEL Herbert (2002), “Ötanazi ve Teoloji, Çev. TAŞTAN Osman, *AÜİFD*, Cilt XLIII (1), ss. 293-299.
- SCHNEIDERMAN Lawrence J, JECKER Nancy S ve JONSEN Albert R (1990), “Medical futility: its meaning and ethical implications”, *Ann Intern Med*, Sayı 112 (12), ss. 949-954.
- SCHÖNKE Adolf ve LENCKNER Theodor (2001), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. B, München Beck 2001, §223, kn. 50, Aktaran Hakan Hakeri (2015), age, 361.
- SCHROEDER Friedrich-Christian (1998), “Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”, Çev. İzzet Özgenç, *İçinde, Türk Ceza Kanunu İçin Müzakereler*, Konya.
- SELÇUK Mehmet (2015), *Çekinik (Defansif) Tıp*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sağlık Hukuku AD, İzmir.
- SELÇUK Mehmet, ÇINARLI Serkan ve ARSLAN-HIZAL Sevinç (2015), “Çekinik (Defansif) Tıp”, *LEGES İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 6, ss. 15-48.
- SELÇUK Sami (2015), “Eski Çağlarda Suç Hukuku”, *İçinde, Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt-II*, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara.

- SEVİMLİ Hüseyin Özgür (2019), *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara.
- SMITH David O (1971), “The Medical Malpractice Threat: A Study Of Defensive Medicine”, *Duke Law Journal*, Cilt 1971, ss. 939-994.
- SOYASLAN Doğan (2009) “Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu”, *Sağlık Hukuku Digestası*, Ankara Barosu Yayınları, Sayı 1, ss. 119-137.
- SOYASLAN Doğan (2018), *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- SOYASLAN Doğan (2018), *Ceza Hukuku-Özel Hükümler*, 12. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara.
- SÖZÜER Âdem (2015), “Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi*, Ankara.
- STUDDERT David M, MELLO Michelle M, SAGE William M, DESROCHES Catherine M, PEUGH Jordon, ZAPERT Kinga ve BRENNAN Troyen A (2005), “Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment”, *JAMA*, Sayı 293 (21), ss. 2609-2617, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15928282/>. ET. 16.02.2023
- SUMMERTON N (1995), “Positive and Negative Factors in Defensive Medicine: A Questionnaire Study of General Practitioners”, *BMJ*, Sayı 310, ss. 27-29.
- SUNGUR Cuma (2019), “Hekimlerde Tıbbi Hata Suçlamalarına Karşı Savunmacı Tıp Davranışları”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, Sayı 22 (1), ss. 191-206.
- ŞAHBAZ İbrahim (2004), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, *TBB Dergisi*, Sayı 54, ss. 178-216.
- ŞAHİN Büşra ve ALCALI Özgü (2020), “Defansif Tıp Kavramı ve Defansif Tıbbi Uygulamaların Hekimin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Sayı 41 (11), ss. 483-510.
- ŞATIR Nejdet (2015), *Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.

- ŞEHSUVAROĞLU BN, (1983), *Deontoloji*, Geliştirilmiş İkinci Baskı Ed. TERZİOĞLU Arslan, Bayda Basım Yayın Dağıtım, İstanbul.
- ŞEN Ersan (2022), “Olası Kast ve Bilinçli Taksir”, *Hukuki Haber*, <https://www.hukukihaber.net/olasi-kast-ve-bilincli-taksir-makale,5155.html>. ET. 15.05.2022
- T.C. ADALET BAKANLIĞI (2021), *Hukuk Sözlüğü*, <https://sozluk.adalet.gov.tr/ihmal>. ET. 15.05.2021
- T.C. ADALET BAKANLIĞI YAYIN İŞLERİ DAİRESİ BAŞKANLIĞI (2005), *Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu*, Ankara.
- T.C. CUMHURBAŞKANLIĞI İLETİŞİM BAŞKANLIĞI (2021), Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi, <https://www.cimer.gov.tr/>. ET. 17.02.2021
- TANCREDİ LR, BARONDESS JA (1978), “The Problem of Defensive Medicine”, *Science*, Sayı 200 (4344), ss. 879-882.
- TANER Tahir (1949), *Ceza Hukuku-Umumi Kısım*, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları 434, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.
- TANERİ Gökhan (2014), *Türk Hukukunda Hekim Ceza Sorumluluğu*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara.
- TAŞCAN İdris ve ÇALIŞKAN Suat (2018), *Tıbbi Uygulama Hataları ve Hekim Suçları*, 1. Baskı, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul.
- TAŞKIN Şaban Cankat (2008), “Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme”, *TBB Dergisi*, Sayı 79, ss. 141-197.
- TCK MADDE (2022), TCK Madde 25 ve Gerekçesi, <https://www.tckmadde.com/25-2/#:~:text=TCK%20madde%2025%20ve%20Gerek%C3%A7esi.%20Me%C5%9Fru%20savunma%20ve,zorunlulu%C4%9Fu%20ile%20i%C5%9Flenen%20fillerden%20dolay%C4%B1%20faile%20ceza%20verilmez.> ET. 22.01.2022
- TELKENAROĞLU M Rahmi (2016), “İhmalî Suç Kavramı ve İslam Hukukuna Göre İhmal Suretiyle İşlenen Kasten Adam Öldürme Suçu”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı 27, ss. 287-330.
- TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan ve ÖNOK R. Murat (2019), *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- THIRUMOORTHY T (2011), "Understanding Medical Negligence and Litigation-Basics for the Medical Professional", *SMA News*, ss. 12-13.
- TIP ETİĞİ VE TIP HUKUKU DERNEĞİ (2008), "Ord. Prof. Dr. Kemal Atay'dan (1890-1978) Hasta Seçimi (Triage) Konusunda Düşündürücü Bir Anı" Sayı 6 (3), s. 20.
- TOKER Asaf, SHVARTS Shifra, PERRY Zvi H, DORON Yariv ve REUVENİ Haim (2004), "Clinical Guidelines, Defensive Medicine, and the Physician Between the Two", *American Journal of Otolaryngology*, Sayı 25 (4), ss. 245-250.
- TOPRAK Ufuk (2013), "Alman Ceza Kanunu'na Göre Taksirli Suç ve Alman Federal Mahkemesinin Konuyla ilgili Bir Kararının İncelenmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 4 (13), s. 407.
- TORAMAN Aysun ve ÇARIKÇI İlker Hüseyin (2019), "Defansif Tıbbın Nedenlerinin Hekim Gözüyle Değerlendirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, Sayı 10 (23), ss. 40-51.
- TOROSLU Nevzat (1980), "İftira Cürmünün Hukukî Konusu", *AÜHFD*, Cilt XXXVII, Sayı 1-4, ss. 107-128.
- TOROSLU Nevzat (2006), *Ceza Hukuku-Genel Kısım*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara.
- TOROSLU Nevzat (2007), *Ceza Hukuku-Özel Kısım*, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara.
- TOROSLU Nevzat (2012), *Ceza Hukuku-Genel Kısım*, 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara.
- TOSUN Öztekin (1979), *Suç Hukuku El Kitabı*, Ar Basım, İstanbul.
- TOZMAN Önder (2009), "İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme", *TBB Dergisi*, Sayı 84, ss. 160-187.
- TRAIÑA Francesco (2009), "Medical Malpractice: The Experience in Italy", *Clin Orthop Relat Res*, Sayı 467 (2): ss. 434-442.
- TUNALI Işıl Güney (2020), *Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- TURAL Hüseyin ve KODAL Osman (2019), “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçları Yönünden Kamu Görevlisi ile Sağlık Meslek Mensuplarının Suçu Bildirmemesine Yönelik Düzenlemenin Etkin Pişmanlık Kurumuna Etkisi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 7 (13), ss. 501-522.
- TÜRAY Aras (2020), “İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı”, *YÜHFD*, Cilt XVII, ss. 115-154.
- TÜRE Oğuzhan (2017), “Hekimin Defansif Tıp Uygulamalarından Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 12/127, ss. 32-41.
- TÜRK DİL KURUMU (2021), Güncel Türkçe Sözlük, (<https://sozluk.gov.tr/>) (ET. 15.05.2021)
- TÜRK HUKUK SİTESİ (2022a), 765 sayılı (Eski) Türk Ceza Kanunu-Mülga MADDE 404 (DEĞİŞİK MADDE, 06.06.1991-3756/7 md), [765 S.lı \(Eski\) Türk Ceza Kanunu - Mülga MADDE 404 - MADDE 404 şerhleri \(turkhukusitesi.com\)](#). ET. 01.12.2022
- TÜRK HUKUK SİTESİ (2022), Madde Gereçesi, <https://www.turkhukusitesi.com/serh.php?did=1178>. ET. 03.04.2022
- TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ (2022), Dünya Tabipler Birliği Bildirgesi Felaket Olayında Tıp Ahlak Kuralları.
- TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ (2022), Hekimlik Meslek Etiği Kuralları.
- TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ (2022), Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler.
- TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ (2022), “TTB Yaşamın Sonuna İlişkin Bildirge”, *Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri*, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara, Nisan-2020, ss. 36-40.
- TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ (2021), Hekimler ve Tabip Odası Yöneticileri İçin Mevzuat, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun.
- TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ (2021), Sağlık Alanında “Hizmet Kaynaklı Zarar”: Hekimler Ne Diyor?
- TÜRKİYE BİYOETİK DERNEĞİ (2021), Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddetin Değerlendirilmesi ve Önlenmesi Hakkında Görüşü (Hazırlayan: Dr. Gülsüm Önal).
- TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ (2003), Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (Kanun No: 5013, Kabul Tarihi: 3.12.2003).

- TÜRKMEN Ali (2013), *Hasta ve Hekim Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- TÜRKMEN Hasan (2015), “Ötanazi Sorunsalına Teolojik Açıdan Bir Bakış”, *Kelam Araştırmaları*, Sayı 13 (1), ss. 495-519.
- U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT (1994), *Defensive Medicine and Medical Malpractice*, OTA-H--602 (Washington, DC: U.S. Government Printing Office.
- UDEH Abdulkadir (1976), *İslam Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk*, Çev. Akif Nuri, İhya Yayınları, İstanbul.
- USTA Aydın (2010), “Kamu Görevlisinin Etik Amaç ve Ahlaki Yükümlülüğüne Yönelik Bir Değerlendirme”, *Türk İdare Dergisi*, Cilt 468, ss. 159-181.
- UYGUN Oktay (2017), *Hukuk Teorileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- ÜNAL Özgün (2020), *Defansif Tıp Uygulamaları, Öncülleri ve Sonuçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Sakarya Üniversitesi, İşletme Enstitüsü, Sakarya.
- ÜNDER Yıldız Ertuğ (2012). “Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddet Olgusu”, *Sağlık Hukuku Makaleleri-II*. İstanbul Barosu, ss. 265-275.
- ÜNVER Yener (1998), *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*. Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul.
- ÜNVER Yener (2004), *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayıncılık, Ankara
- ÜNVER Yener (2012), *Adliye Karşı Suçlar*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÜNVER Yener (2012), “TCK’nda Kamu İdaresine Karşı Suçlar”, *İçinde, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt: III*, Ed. Eric HILGENDORF ve Yener ÜNVER, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 18, İstanbul.
- ÜNVER Yener (2012), “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi”, *İçinde, Ötanazi*, Ed. Nur CENTEL, İstanbul, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No: 1, s. 44.
- ÜREKLİ Bilge Nur (2017), *Tıbbi Müdahalede Hekimin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Beykent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul.

ÜZÜLMEZ İlhan (2008), “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, *İçinde, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 142, Ankara.

VİKİPEDİ, ÖZGÜR ANSİKLOPEDİ (2022), Triyaj.

VON FEUERBACH Paul Johann Anselm (1832), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 11. Bs, Verlag von Georg Friedrich Heyer, Giessen.

WEİDNER Ernst (1950): *Dünyanın En Eski Kanunnameleri (Eski Şarkta Yeni Buluntular)*, Çev. Hasan Sevimcan, Neue Zürcher Zeitung Samstag, Blatt 1 Fernausgabe Nr. 55.

WELZEL Hans (1969), *Das Deutsche Strafrecht- De Gruyter Lehrbuch*, 11th 11. Neubearb. Und Erweiterte A ed., Walter de Gruyter & Co, Berlin, Germany.

WESSELS Johannes ve BEULKE Werner (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*. 36., neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg.

WILKINSON Dominic JC, SAVULESCU Julian (2011), “Knowing when to stop: futility in the ICU”, *Curr Opin Anaesthesiol*, Sayı 24 (2), ss. 160-165.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (1985), *The Use of Essential Drugs (Second Report of the WHO Expert Committee 722)*, Geneva.

WORLD MEDICAL ASSOCIATION (2021), “Declaration of Geneva”,
<https://www.wma.net/wp-content/uploads/2018/07/Decl-of-Geneva-v2006-1.pdf>. <https://www.wma.net/what-we-do/medical-ethics/declaration-of-geneva/>. ET. 06.11.2021

Y1CD, E: 2008/7098, K: 2010/3459, T: 11.05.2010: Kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeVsgNYcqs2!XA~~&=0.9481425839963513>. ET.
15.01.2023

Y1CD, E: 2012/5828, K: 2013/7092, T: 27.11.2013: Kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6cjzS2JykrFUC7sm+H0zge!u1g~~&=0.6284160617622514>. ET.
19.05.2022

- Y1CD, E: 2015/5441, K: 2016/1144, T: 9.03.2016, kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeWLBiEZBuAGUw~~&=0.748600204764519>. ET.
13.11.2022
- Y1CD, E: 2016/528, K: 2017/706, T: 8.03.2017. kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeVRiVuXwmM+rQ~~&=0.1661873055230767>. ET.
13.11.2022
- Y1CD, E: 2016/3338, K: 2017/655, T: 6.03.2017, kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeW3BDxMTSLDtg~~&=0.9429771824831064>. ET.
13.11.2022
- Y1CD, E: 2019/2477, K: 2020/258, T: 3.02.2020: Kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeXJDVwp4liwMw~~&=0.06297574320682298>. ET.
07.10.2022
- Y1CD, E: 2020/1270, K: 2021/10608, T: 15.06.2021: Kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6czSIXulQaebH7Ayg9KjPWTJvQ~~&=0.676792920934921>. ET.
06.03.2022
- Y1CD, E: 2020/164, K: 2021/11082, T: 23.06.2021, Kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeXj60oMXJNh5w~~&=0.11966986337634533>. ET.
23.10.2022
- Y2CD, E: 1994/738, K: 1994/2971, T: 8.04.1994: Kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeWxRb!9Nrju6A~~&=0.50551600659351>. ET.
06.11.2022
- Y4CD, E: 2008/1710, K: 2009/15748, T: 7.10.2009, Kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeWGkUjxhaRxA~~&=0.21570205669091957>. ET.
22.10.2022

- Y4CD, E: 2012/13441, K: 2012/30482, T: 17.12.2012: Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeWqzNfo4VHyFQ~~&_ =0.7009038113985664. ET.
22.10.2022
- Y4CD, E: 2014/8297, K: 2015/1500, T: 19.01.2015, Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeWvMb1qi+4NUw~~&_ =0.451029494387853. ET.
23.10.2022
- Y4CD, E: 2014/51746, K: 2015/40859, T: 25.12.2015,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeWxh11wcnMbHw~~&_ =0.7696051186315185. ET. 07.10.2022
- Y4CD, E: 2014/29165, K: 2015/40862, T: 25.12.2015
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeWBGPyTc22MXA~~&_ =0.25912589876837333. ET.
07.10.2022
- Y4CD, E: 2015/5736, K: 2015/40858, T: 25.12.2015: Kararara.com,
<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=599018>. ET. 05.03.2022
- Y4CD, E: 2016/5394, K: 2016/9879, T: 12.05.2016: Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeXPz1EHYu4mPg~~&_ =0.841988797908386. ET.
07.10.2022
- Y5CD, E: 2013/7707, K: 2014/5504, T: 06.03.2014: Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeW1Sakk6tyUHQ~~&_ =0.573003221592123. ET.
21.10.2022
- Y5CD, E: 2014/10258, K: 2018/197, T: 16.01.2018,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeVKRrLRwFdvdQ~~&_ =0.6941777476801274. ET.
07.10.2022
- Y5CD, E: 2014/3274, K: 2014/6568, T: 26.05.2014: Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeXO8vdCPW2zyg~~&_ =0.5141830388506796. ET.
21.10.2022

- Y5CD, E: 2014/5514, K: 2016/5971, T: 07.06.2016: Kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeWXY!OL4PDV0w~~&=0.1565099034839994>. ET.
06.03.2022
- Y8CD, Esas: 2013/10733, Karar: 2014/238, Tarih: 8.01.2014, Kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeVTOmZEiXc5g~~&=0.6623786937275835>. ET.
23.10.2022
- Y9CD, E: 2013/11235, K: 2014/745, T: 20.01.2014, Kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeU5tZev8Ct5VQ~~&=0.7893731824806238>. ET.
23.10.2022
- Y9CD, E: 2013/15336, K: 2014/4566, T: 17.04.2014, Kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeV7YMJoATB9pA~~&=0.8313008748592159>. ET.
23.10.2022
- Y9CD, E: 2013/16509, K: 2014/6524, T: 29.05.2014, Kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeUjSv!YMHO3jA~~&=0.1420743798623305>. ET.
23.10.2022
- Y9CD, E: 2020/3991, K:2020/120, T: 17.03.2020: Kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6cjzSEoltYaIzYKkcxCefi8CbYA~~&=0.3461521862434769> ET.
06.03.2022
- Y9CD, E: 2020/6848, K: 2021/2785, T: 02.06.2021: Kazancihukuk.com,
<https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6cjzSb5zazmDpi+Vmn3!F7uFDWA~~&=0.04080342115233759>. ET.
06.03.2022
- Y12CD, E. 2013/7135, K. 2014/1999, T. 29.01.2014: Kararara.com,
<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=599018>. ET. 05.03.2022

- Y12CD, E: 2014/19009, K: 2015/7968, T: 12.05.2015, Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeXUrqf7RYFfVQ~~&_=.7828513284050309. ET.
23.10.2022
- Y12CD, E: 2014/310, K: 2014/22834, T: 14.11.2014: Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6czSYL18aTgff6GCKp31kFSx0Q~~&_=.7561380538489801. ET.
06.03.2022
- Y12CD, E: 2017/5844, K: 2018/5668, T: 17.05.2018,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeUQ5rmUvS6ANg~~&_=.003528295592255537. ET.
07.10.2022
- Y12CD, E: 2019/13238, K: 2020/234, T: 08.01.2020: Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6czSm5iEa6u0FfdoR29+mM6vQQ~~&_=.0704580847647791. ET.
06.03.2022
- Y16CD, E: 2015/2673, K: 2015/3025, T: 6.10.2015, Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeULTCvncax31g~~&_=.9439447209242815. (ET).
22.10.2022
- Y16CD, E: 2015/438, K: 2015/354, T: 25.03.2015, Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeUC+bj1aWpbew~~&_=.42299701140671053 ET.
23.10.2021
- Y4HD, E: 1976/6297, K: 1977/2541, T: 07.03.1977, Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeUX6Wy3w40dqA~~&_=.9366586932582779 (ET).
13.07.2022
- Y13HD, E: 1993/131, K: 1993/2741, T: 05.04.1993: Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeW!Nm3V7joiAA~~&_=.1676643266596447. ET.
16.05.2022

- Y13HD, E: 2015/38686, K: 2018/5002, T: 24.04.2018, Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeVsy9M2jm9vGA~~&_=0.04033163229111714. ET.
09.01.2023
- YCGK, E: 2005/4-95, K: 2005/166, T: 13.12.2005: Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeUH8o4KijUumA~~&_=0.14238478851034242. ET.
27.04.2022
- YCGK, E: 2008/1-150, K: 2008/192, T: 15.07.2008: Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeVKf!Ky+c5v5A~~&_=0.8008164263161954. ET.
14.05.2022
- YCGK, E: 2011/9-110, K: 2011/123, T: 14.06.2011: Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6cjzS50wAyUVRK11!y86H911Mpg~~&_=0.8519930345794859. ET.
19.05.2022
- YCGK, E: 2011/12-578, K: 2012/43, T: 14.02.2012, Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeXOGYJaWLkTGQ~~&_=0.9163744327286112. ET.
23.10.2022
- YCGK, E: 2013/12-11, K: 2014/139, T: 25.03.2014: Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeWMjvND2K8SXQ~~&_=0.11902606917712055. ET.
14.05.2022
- YCGK, E: 2014/1-161, K: 2015/493, T: 8.12.2015: Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeWvG2Bj29TBHA~~&_=0.01090982232237403. ET.
15.01.2023
- YCGK, E: 2017/271, K: 2017/278, T: 16.05.2017: Kazancihukuk.com,
https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMY6P9WB6cjzS17xTwNwsisN6fiEn0Muf9Q~~&_=0.2363151374165915. ET.
19.05.2022

YCGK, E: 2018/95, K: 2019/207, T: 14.03.2019, Kazancihukuk.com,

https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX+7NMt2gFWlnEsBd88JGeXWyyHJxaMdw~~&_=0.38740339265385937. ET.

23.10.2022

YAĞLIDERE Umut Emre (2018), “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (Türk Ceza Kanunu m.280)”, *Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 6 (1), ss. 59-79.

YAHATA Sakura (2011), “A Study of Defensive Medicine in Japan”, *İçinde, Applied Ethics*, Ed. Center for Applied Ethics and Philosophy, *Published by Center for Applied Ethics and Philosophy, Hokkaido University*, N10 W7, Kitaku, Sapporo, 060-0810, Japan, 2011, ss. 175-185.

YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin ve ARTUÇ Mustafa (2014), *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Cilt, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

YAŞAR Yusuf ve TURAN Işıl (2013), “Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötanazi İlişkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)*, Sayı 19 (1), ss. 39-72.

YENERER-ÇAKMUT Özlem (2003), *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul.

YENERER-ÇAKMUT Özlem (2007), “Türk Ceza Yasası’nda Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m.9)”, *İçinde, Aydın Aybay’a Armağan*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, s. 86.

YENERER-ÇAKMUT Özlem (2003), “Türk Ceza Yasasında Terk Suçu (TCK m.97)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXV, Sayı 2, ss. 49-76.

YENİSEY Feridun (2008), “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, *İçinde, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 142, Ankara.

YENİSEY Feridun ve PLAGEMANN Gottfried (2015), *Alman Ceza Kanunu-Strafgesetzbuch (StGB)*, 2. Baskı, İstanbul.

- YEŞİLTAŞ Aysun ve ERDEM Ramazan (2018), “Şiddet ve Defansif Tıp Uygulamaları Üzerine Nitel Bir Çalışma”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Sayı 6 (74), ss. 486-500.
- YILDIRIM Turan (2007), “Hasta Hakları”, *İçinde, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu-I*, Marmara Üniversitesi, İstanbul.
- YILMAZ Aslı Ekin (2020), “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK MD.280)”, *TAÜHFD*, Sayı 2 (2), ss. 235-282.
- YILMAZ Berna Ayşe (2019), *Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m.98)* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara.
- YILMAZ Erkam (2019), “Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK M. 98)” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), *İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul.
- YILMAZ Kerem (2012), “Defansif Tıbbi Uygulamaların Hukuki Açısından Değerlendirilmesi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), *İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler AD*, İstanbul.
- YILMAZ Kerem (2014), *Defansif Tıp / Hekimin Tıbbi Uygulamalarda Sorumluluktan Kaçması Durumunda Ortaya Çıkan Problemler*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- YILMAZ Kerem, POLAT Oğuz ve KOCAMAZ Begüm (2014), “Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açısından İncelenmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Sayı 16, ss. 19-51.
- YILMAZ Necla (2016), *Tıpta Uzmanlaşma Üzerine Nitel Bir Araştırma* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Sağlık Kurumları Yönetimi Anabilim Dalı, Isparta.
- YILMAZ Zahit (2018), “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24 (1), ss. 122-131.
- YİĞİT Yaşar (2003), “İslam Ceza Hukuku Açısından Ötanazi ve Hukuki Sonuçlarının Değerlendirilmesi”, *İslami Araştırmalar Dergisi*, Sayı 16 (3), ss. 337-349.

- YOKUŞ-SEVÜK Handan (2018), “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *DÜHFD*, Cilt 23, Sayı 39, ss. 257-316.
- YURTLU Fatih (2020), “İhmali Suçlar” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü*, Ankara.
- YURTLU Fatih (2021), “Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı XXV (3), ss. 579-636.
- YÜCE Turhan Tufan (1982), *Ceza Hukuku Dersleri*, Cilt 1, 1. Baskı, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa.
- YÜCE Turhan Tufan (1985), *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Turhan Yayınevi, Ankara.
- YÜKSELBABA Ülker (2017), “Émile Durkheim’a Göre Toplum, Düzen ve Hukuk: Hukukun ve Cezanın Evrimi”, *İÜHFM*, Cilt LXXV, Sayı 1, ss. 191-226.
- ZAFER Hamide (2004), *Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu*. 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul.
- ZAFER Hamide (2013), “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280)”, *İÜHFM*, Sayı 71 (1), ss. 1327-1352.