

## HEKİMİN CEZAI SORUMLULUĞU\*

Doç. Dr. S. KEYMAN

**GİRİŞ:** Kavramsal açıklama. I . Ceza normunun sınırları (hukuka uygunluk)-tıbbi işlemler ilişkisi. A . Ceza normunun sınırlarının belirlenmesi. 1. Ceza normunun sınırları sorunu. 2. Tipik fiil. 3. Ceza normunun alanı: fiil-sebeup. 4 . Ceza normunun sınırlarının tasnifi. B . Normlar çatışmasının giderilmesi: 1 . Farklı disiplinlere ait normlar çatışması. 2 . Çatışmanın giderilmesinde ölçüler. a . Özel norm kuralı. b . Çelişmeme kuralı. c. Hak bahşeden normun üstünlüğü. C. Hekimin tıbbi işlemlerinin hukuka uygunluğu: yetkinin icrası. 1 . Yetkinin (hakkın) icrası. 2 . Yetkinin (hakkın) icrasının şartı: rıza. a . Esası. b . Sınırı: genel olarak-zaıret hali. Hukuka uygunluğun sınırı: tıp sanatının kuralları. II . Hekimin taksire dayalı cezai sorumluluğu. A . Temeli: mesleki taksir. 1 . Taksirin esası ve unsurları. a . Esası. b . Unsurları: bilebilme-önleyebilme (bilebilirlik-önlenebilirlik). 2 . Tıp sanatının kuralları bakımından genel ölçüler. a . Tedavi serbestisi. b . Meslek hatası. B. Dikkatsizlik-tedbirsizlik-acemilik-emir ve nizam-lara aykırılık 1 . Hayat deneylerinden çıkartılan davranış kuralları. a. Ortak hayat deneylerinden çıkartılan davranış kuralları: dikkatsizlik-tedbirsizlik. b . Özel-teknik deneylerden çıkartılan davranış kuralları: acemilik-meslek hatası. 2 . Hukuk düzeninden çıkartılan davranış kuralları.

### GİRİŞ

#### (Kavramsal açıklama)

Hekimin cezai sorumluluğuna ilişkin tartışmalı konuları sergileyebilmek için, hekimin cezai sorumluluğu konusunda kavramsal bir açıklama gereklidir. Hekimin cezai sorumluluğu, geniş anlamda, hekimin teknik anlamda tıp mesleğini icra ederken işlediği suçlarla, bu mesleğin icrası dolayısıyla işlemiş olabileceği suçlardan dolayı sorumluluğunu ifade eder.

\* Estetik cerrahi müdahalelerden doğan sorunlar, bu çalışmanın kapsamına alınmamıştır.

Hekimin, tıp mesleği dolayısıyla işlediği suçlar bir özellik arzetmez. Bunlar örneğin bir sağlık kurumunun yönetimi ile ilgili olabileceği gibi, hekimin aynı zamanda devlet memuru olup olmamasına göre de değişen suçlar olabilir. Bu kategoriye giren suçlar konumuz dışında kalmaktadır.

Bizim için önemli olan, kişinin ruh veya bedeninin anormal bir durumunu ortadan kaldırımağa, hafifletmeğe veya böyle anormal bir durumun ortadan kaldırılması ya da hafifletilmesini mümkün kılmağa yönelen tıbbi işlemlerin<sup>1</sup> icrası sırasında ortaya çıkabilecek sorunların incelenmesidir. Söz konusu sorunları ikiye ayırmak mümkündür.

Hekim tıbbi faaliyeti sırasında hastanın rızasını almama (TŞS TİH. m. 70, HT. m. 70), tıbbi denemeler yapmak veya tıbbi çocuk almaya ilişkin hükümlere (NPHK. m. 3,4,5,7) aykırı davranmak gibi fiiller işlemiş olabilir. Bu suçlar da konumuz dışında kalmaktadır<sup>2</sup>.

Hekimin cezai sorumluluğu bakımından gerçekten de tartışmalı sorunlar, bunlar dışında kalan hipotezler yönünden doğmaktadır:

Bir hastalığı teşhis edip, tedavi veya hastalığın ilerlemesini önlemek amacı ile hasta üzerinde bir takım tıbbi işlemlerde bulunan hekim / cerrah, en azından hastanın vücut bütünlüğünü ihlâl etmekte; bazan da bu gibi işlemler hastanın ölümüne yol açmaktadır. Tedavi amacı ile yapılan bu işlemlerden ydolayı, hele olumlu bir sonuç elde edilmiş ise, hekim ya da cerrahı şu veya bu suçtan sorumlu tutmak kimsenin aklına gelmemektedir. Ama bu sorumsuzluğun hukuki nedenini açıklamak gerekir<sup>3</sup>. Hekimin tıbbi işlemlerinden dolayı sorumsuzluğunun sınırı, ancak bu yolla çizilebilir. Bu nedenle, hekimin tıbbi işlemlerinin hukuka uygunluğu konusunun tartışılması gerekmektedir.

Hekimin tıbbi işlemlerinin hukuka uygunluğunun nedeni üzerinde bir sonuca vardıktan sonra, ikinci bir sorun daha cevap beklemektedir. Gerçekten de, başlangıçta hukuka uygun olan tıbbi bir işlem, hastan vücut bütünlüğünün ihlâli veya hastanın ölümü gibi bir sonuç verdiği takdirde, hekimin cezai sorumluluğunun nasıl saptanacağı araştırılmalıdır.

Cevaplarını aradığımız bu iki sorunun belirlenmesi, söz konusu sorunlara nasıl yaklaşmamız gerektiği konusunda da bazı sonuçlara varmamızı gerekli kılmaktadır.

<sup>1</sup> *Crespi, Alberto*: La responsabilité penale du medecin (Rapport italien, Septieme journées juridiques franco-italiennes) Rev. cs. crim. et de dr. pen. com., c. 26 1971, 883

<sup>2</sup> Bu konuda bk. *Bayraktar, Köksal*: Hekimin tedavi nedeniyle cezai sorumluluğu, İst. 1972, 242-249.

<sup>3</sup> *Penneau, Jean*: La responsabilité medicale, Paris 1977, 149

Birinci sorun bakımından suçun objektif, sübjektif unsurlarından hareket etmek veya suçun tipiklik özelliğine dayanmak mümkündür<sup>4</sup>. Söz konusu yaklaşımların elverişsizliği konusundaki tartışmaları bir yana bırakarak, konunun, ceza normununun sınırları ve hukuka uygunluk nedenlerine dayanmak sureti ile en iyi biçimde açıklanacağını belirtmekle yetineceğiz.

İkinci sorun ise, suçun sübjektif unsuru yani kusurluluk bakımından önemli tartışmalara yol açabilecek niteliktedir. Bu nedenle, taksirli adam öldürme (TCK. m. 455) ve taksirli müessir fiil (TCK. m. 459) suçlarının sübjektif unsurunun, tıbbi işlemler sonucunda ortaya çıkabilecek zararlı neticeler bakımından incelenmesi gerekecektir. Böyle bir yaklaşım, dikkatsizlik, tedbirsizlik, acemilik, emir ve nizamlara aykırılık kavramlarının, tıbbi işlemler dolayısıyla kazandıkları içerik ve özelliklerin araştırılmasına yol açacaktır.

## I nci BÖLÜM

### Ceza Normunun Sınırları (Hukuka Uygunluk) – Tıbbi İşlemler İlişkisi

*A. Ceza normunun sınırlarının belirlenmesi: 1) Ceza normunun sınırları sorunu:* Her ceza normu bir hukuki menfaati korur. Ancak bu koruma sınırsız değildir. Söz konusu sınırlar açık veya zımni olabilir. Sorun, ister açık ister zımni olsun, bu sınırların hukuksal ve mantıksal temellerini araştırmaktır.

Ceza normunun sınırlarının belirlenebilmesi için, hukuka aykırılık kavramına dönmek gerekmektedir. Bugün genellikle suçun fiil, kusurluluk ve hukuka aykırılık denen üç unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir. Fiil ve kusurluluğun varlığı konusunda olumlu bir hukuksal yargı bulunduğu bazı hallerde, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir nedenin, fiili suç olmaktan çıkartabileceği sonucuna varılmaktadır. Normal olarak suç teşkil eden tipik bir fiil, bir meşrutiyet nedeninin müdahalesi dolayısıyla, istisnai olarak, suç olma niteliğini yitirmektedir.

Suçu temsil eden maddi olgu olarak, tek bir tipik fiil vardır. Kanunun aradığı bütün objektif, sübjektif, olumlu, olumsuz şartları bünyesinde taşıdığı sürece, bu tipik fiil, suç teşkil eder. Bunlardan bazıları eksilince, maddi olgu tipik fiil olarak kalmağa devam eder; fakat artık suç teşkil etmez, cezalandırılan bir fiil sayılmaz<sup>1</sup>: Tutuklama emrini

<sup>4</sup> Bu konularda bk. Bayraktar, 65-70

<sup>1</sup> *Nuvolone, Pietro: I limiti taciti della norma penale, 13-15*

icra eden veya suçüstü halindeki faili yakalayan kamu görevlisinin gerçekleştirdiği fiil, tipik bir fiildir (TCK. m. 197). Fakat hürriyeti kısıtlama suçunu yaratan ceza normunun sınırmı oluşturan “meşru bir nedenden bulunmadıkça” biçimindeki olumsuz şart gerçekleşmediğinden ortada suç yoktur. Diğer bir deyişle objektif tipik fiil, hem suç teşkil eden fiili hem de meşru sayılan fiili kapsayan bir üst kavramdır. Bu durumda hukuka aykırılık unsur değil de suçun kendisi olmaktadır<sup>2</sup>.

2) *Tipik fiil*:<sup>3</sup> Tipik fiili, sadece o suçu yaratan temel ceza normuna bakarak belirlemek mümkün olmamaktadır. Tipik fiile ulaşabilmek için, suç yaratan temel normda ferdileşen hukuki menfaati korumağa ilişkin normların hepsinin birlikte ele alınması gerekmektedir. Söz konusu normlardan CK. hükmünün nazara aldığı davranış, objektif anlamda tipik fiili ilgilendirir. (TCK. m. 179). Ancak her somut olayda, fiilin gerçekten de tipikleşip tipikleşmediğini araştırmak gerekir. Örneğin hürriyeti kısıtlamak suçunun esas tipik fiilini belirleyen normlar TCK. m. 179, CMUK. m. 107 vd., m. 127, 128 hükümleridir. Aynı şekilde, emniyeti suiistimal suçunun esas tipik fiilini gösteren normlar da TCK. m. 508 ve MK. m. 864 vd. hükümleridir. Bu nedenle her somut olayda, söz konusu normların bütününe nazara alarak, fiilin gerçekten de tipikleşip tipikleşmediğini araştırmak zorunludur.

Tipik fiilin böyle bütünleştirici bir açıdan ele alınması, hukuka uygunluk nedenleri ile normun yorumsal sınırlarının birbirlerinden ayrılmasını mümkün kılmaktadır.

Sarih ve zimni hukuka uygunluk nedenleri, genel anlamda tipik fiili cezalandıran normun içinde (örneğin TCK. m. 448) yer almamaktadırlar. Bunlar bazan diğer normaların ve sistemin mantığının bir sonucu olarak karşımıza çıkmakta; bu nedenle de suç yaratan temel normun dışında bir yerden kaynaklanmaktadırlar (örneğin kanuni hapis hakkını kullananın fiilinin, emniyeti suiistimal suçunu oluşturmaması, sistemin mantığının sonucu olan bir ilke ile açıklanabilmektedir.). Aynı nedenler bazan da, yine suç yaratan temel normun dışında olmakla beraber, açık bir müsbet hukuk normundan kaynaklanmaktadırlar (örneğin meşru müdafaa, zaruret hali gibi TCK. m. 49). Yani hukuka uygunluk nedenleri, esas tipik fiili düzenleyen normların arasında yer almakta veya bu normlar arasındaki mantıksal ilişkilerden kaynaklanmaktadırlar. Her iki halde de suç yaratan temel normun içinde değil de bunun dışında aranmaları gerekmektedir.

<sup>2</sup> Nuvolone, 16

<sup>3</sup> Nuvolone, 22; Ayrıca bk. Raz, Josephz Legal principles and limits of law, YLJ., c. 81 1971-1972, 831-833.

Suç yaratan normun yorumsal sınırı ise, genel olarak tipik fiili tanımlayan temel normun içinde yer almaktadır. Örneğin işgal kabiliyeti bulunmayan tahrifatın, evrakta sahtekârlık suçunu (TCK. m. 339) oluşturmaması gibi. Suç yaratan normun sözü, hem yorumcuya yol göstermekte hem de yorumcunun yetkilerinin sınırını teşkil etmektedir. Yorumcu bu sınırlar içinde kalmakta ve suç yaratan normun koruduğu menfaat aracılığı ile, normun yorumsal sınırlarını bulmaktadır<sup>3/a</sup>.

Gerek hukuka uygunluk nedeni sayılan sınırlar gerekse yorumsal sınırlar, objektif anlamdaki tipik fiilin suç sayılmaması sonucunu doğururlar. Ancak hukuka uygunluk nedeninden söz edebilmek için, herşeyden evvel, yorumsal sınırın belirlenmiş olması gerekmektedir. Somut fiil zaten yorumsal bir sınır nedeni ile meşru fiiller alanına geçmiş ise, hukuka uygunluk nedeninden bahsedilemez.

3. *Ceza normunun alanı*:<sup>4</sup> Cezalandırılan tipik fiili kanunun yarattığı koruma alanının sınırları içinde belirleyebilmek için, suç yaratan normu bileşik bütünlüğü içinde yeniden yaratmak gerekmektedir. Bunun için fiil ve fiilin nededini ayrı ayrı ele almak zorunludur.

a. *Fiil*: Ceza normunun konusu açısından fiilin önemi, cezai korumanın alan ve sınırlarını belirlemesidir.

Cezai korumanın konusu, süjeye ait bir hukuki menfaattir. Nitekim her suç bağımsız bir hukukî menfaati korur. Bu menfaat, o ceza normunun alanını belirlemek yanında, belli bir suçu diğerlerinden ayırmak konusunda da yararlı bir araç teşkil eder. Suç yaratan normun alanını belirleyen bu menfaat, tabiatçı değil de normatif bir kavramdır. Bu nedenle, söz konusu menfaati ve dolayısıyla suç yaratan normun alanını araştırırken, o hukukî menfaatle ilgili diğer normların da nazara alınması gerekmektedir<sup>4/a</sup>. Gerçekten de ceza normu, toplumsal gerçeklikten bulup çıkardığı bu menfaati önce hukukileştirmekte; sonra da bunu korumak için suç teşkil eden fiili yaratmaktadır. Bütün unsurları ile birlikte ele alınan suç teşkil eden fiil, somut bir hukuki menfaate ilişkin korumanın hangi sınırlar içinde etkili olduğunu gösterir. Ceza normu, söz konusu menfaati ihlâlâ yönelik bazı davranışları cezalandırmak sureti ile, bu menfaatin cezai korumaya konu teşkil eden alanını belirlemiş ve sınırlamış olur.

Suçun konusunun belirlenmesi, suç yaratan temel norm ve buna bağlı diğer normların birlikte ele alınmasına bağlıdır (örneğin TCK. m. 448, 49, 461). Böylece genel konudan hareketle özel konuya varıl-

<sup>3/a</sup> Toroslu, *Nevzat*: Cürümlerin tasnifi bakımından suçun huluki konusu, Ankara 1970, 229.

<sup>4</sup> Nuvolone, 25-27; Raz, 831-833

<sup>4/a</sup> Toroslu, *Cürümlerin...*, 222, 225

miş olur. Hayat varlığı, kasden adam öldürme suçunun genel konusunu teşkil eder. Aynı suçun özel konusu ise, kanunda hukuka uygunluk nedeni olarak öngörülen hipotezler dışındaki alanda kalan hayat varlığıdır.

b. *Neden*: Suçu konusu bakımından ele almak, hukuka uygunluk nedenlerinin menfaat üzerindeki etkisini anlamak bakımından yeterli değildir. Konuya bir de *neden* açısından bakmak gerekmektedir.

Bir fiili suç saymanın nedeni, o fiilin takip ettiği objektif amaçtır. Bundan dolayı, objektif anlamda tipik fiilin nedeni, ceza hukukunun meşru saydığı bir amaç ise suç yoktur. Böyle bir durum, o konuda açık ya da zımni bir norm bulunması veya sistemin mantığının böyle bir sonucu gerektirmesi halindedir gerçekleşir. Kasden adam öldürme suçunda gayri meşru neden, başkasının hayatını yönetmek amacıdır. Meşru müdafaa halinde adam öldürmede ise, meşru sebebin kaynağı, failin kendi hayat varlığını korumadaki menfaatidir. Diğer bir deyişle fail, başkasının hayatını yoketmek amacı ile hareket etmemiştir.

Hukuka uygunluk sorunu böylece, bazı kanuni veya sistemin mantığından doğan meşruiyet tipleri bulmak sorunu haline dönüşmektedir. Diğer bir deyişle, objektif tipik fiilin suç teşkil eden fiil haline dönüşmesini önleyen bazı soyut meşruiyet tiplerinin bulunması gerekmektedir. Ancak bazı özel saikler, böyle soyut meşruiyet sebepleri olarak kabul edilemezler. Belli bir saik ancak, zarar verileden başka ve en az onun kadar korumaya lâyık bir menfaati savunuyorsa, o zaman soyut bir meşruiyet tipinden söz etmek mümkün olabilmektedir. Örneğin haksız tahrik nedeni ile adam öldürenin saiki, böyle bir menfaatle ilişkili değildir.

Söz konusu soyut meşruiyet tipleri, genel olarak ceza kanunlarında yer alırlar. Sorun, bunların dışında, diğer normlar ve sistemin mantığından çıkartılabilen soyut meşruiyet tiplerinin bulunup bulunmadığıdır.

4) *Ceza normunun sınırlarının tasnifi*: Ceza normunun ilk sınırını teşkil eden yorumsal sınırlar, konumuz dışında kalmaktadır<sup>5</sup>.

Ceza normunun sınırlarını tam ve mükemmel sınırlar – tam ve mükemmel olmayan sınırlar diye ikiye ayırabiliriz. Tam ve mükemmel sınırlar, suç yaratan temel normun dışında ve bununla çatışma içinde olmayan sınırlardır. Söz konusu sınırlar, suç yaratan temel norm ve burada korunan hukuki menfaati ilgilendiren diğer bütün normların bir arada ele alınması sonucu ortaya çıkmaktadırlar<sup>6</sup>. Bir kişinin bir başkası tarafından öldürülmesi biçimindeki maddeyi olgu, TCK. m.

<sup>5</sup> Bk. yuk. I / A / 2

<sup>6</sup> Nuvolone, 86; Toroslu, Cürümlerin..., 225

49 veya m. 461'de öngörülen soyut meşruiyet sebeplerine uyuyorsa, TCK. m. 448 hükmü değil de, özel norm teşkil eden TCK. m. 49 veya m. 461 hükmü uygulanır. Homojen de denilebilecek bu sınırlar, aynı hukuk disiplininin bir parçası olan normların bütününden doğmaktadır<sup>6/a</sup>.

Tam ve mükemmel olmayan sınırlar da, temel normun dışındaki kaynaklardan doğarlar. Ama bunlar, suç yaratan temel norma nisbeten farklı bir hukuk dalından kaynaklandıkları için, temel normla çatışma içindedirler. Bu çatışmada özel normun uygulanması ile sonuca varılmaz. Çatışmanın ortadan kaldırılabilmesi için, yeni bir normun doğup kısmen veya tamamen suç yaratan temel normun yerine geçmesi gerekmektedir. Böyle bir sınırı belirleyen; yani çatışmaya çözüm getiren bu norm iki şekilde doğabilir: ya suç yaratandan farklı bir disiplin kaynaklanır; ya da suç yaratan temel normun değil de sistemin mantığından elde edilir. Her iki halde de yeni bir norm vardır. Bu yeni normun görevi, söz konusu görünüşteki çatışmayı çözmektir<sup>7</sup>.

**B. Normlar çatışmasının giderilmesi:** Normlar arası çatışmanın giderilmesinde, iki ihtimali nazara almak gerekir. Bunlardan birincisi, aynı hukuk disiplinine ait normlar arasındaki çatışmadır. Niteliği üzerindeki tartışma ve farklı anlayışlar bir yana, bu çatışmanın çözümünde genellikle hiyerarşik, kronolojik ve genellik-özellik ilişkisi ölçüleri kullanılmaktadır<sup>8</sup>. Bizim için önemli olan, aynı hukuk disiplinine ait cezalandıran ve izin veren iki norm arasındaki çatışmanın yani teknik anlamı ile normlar içtimaidan<sup>9</sup> doğan ziddiyetlerin<sup>10</sup> nasıl çözüleceği değildir. Konumuz bakımından tartışılması gereken sorun, farklı disiplinlere ait normlar çatışmasının nasıl giderileceğidir.

1) *Farklı disiplinlere ait normlar çatışması:* Tartışmanın konusu, ceza hukuku tarafından yasaklanan genel bir tipik fiile, ceza hukuku dışı bir norm tarafından izin verilmesi halinde (TCK. m. 508, MK. m.

<sup>6/a</sup> Menfaat kavramının, zimni hukuka uygunluk nedenleri yönünden önemli için bk. Toroslu, *Cürümlerinin...*, 236-237.

<sup>7</sup> Nuvolone, 86; Nuvolone müessesesi ile örf ve adetin de ceza normunun sınırlarını belirleyebileceğini kabul etmektedir. Yazara göre 25. 6.1944 tarih ve 151 numaralı bir kararname, devlet şekli olan monarşiye son vermek sureti ile, fiili durumu hukukileştirmiştir. Müessesenin yapısında meydana gelen bu kökten değişiklik nedeni ile, monarşinin prestijini koruyan ceza normları, geçerliliklerini tümünden yitirmişlerdir. Nuvolone aynı şekilde, faşist rejimin düşüşü ve özellikle emek-sermaye ilişkisi yönünden başka anlayışa dayalı yeni bir rejimin kurulması nedeni ile, İt. CK.'nun grev ve lokavtı suç sayan hükümlerinin de geçerliliklerini yitirdiklerini savunmaktadır. Nuvolone, 103-104.

<sup>8</sup> Bk: *Montovani, Ferrando: Esercizio del diritto (diritto penale)*, Encic. del dir. c. xv, 628-630.

<sup>9</sup> Normlar içtimai konusunda bk. *İçel, Kayhan: Suçların içtimai*, İst. 1972, 167 vd.

<sup>10</sup> Bk. *Montovani*, 629-634

864 dv.), bunlardan hangisine üstünlük tanınacağıdır. Söz konusu çatışmayı çözmek için, tam ve mükemmel olmayan sınırlara başvurmak gerekmektedir. Böyle bir sınırı ya başka normlarda ya da sistemin mantığında aramak zorunluluğu vardır<sup>11</sup>.

İncelenen hipotezdeki normlar çatışmasını, biçimsel mantık kurallarına göre çözmek mümkün değildir. Zira, biçimsel mantık kurallarına göre burada sadece bir zıddiyetin varlığını saptayabiliriz. Biçimsel mantık kuralları bize, bu zıtlığın nasıl giderileceğini göstermez. Diğer bir deyişle, biçimsel mantık kuralları, çatışan normlardan birine üstünlük vermek bakımından gerekli ölçüyü ortaya koyamazlar. Bu nedenle hak bahşedene olduğu kadar cezalandıran norma üstünlük vermek de düşünülebilir. Nitekim bunlardan birinin istisna teşkil ettiği için (özellik ilişkisi), genel norma üstünlük tanımak, çatışma içinde bulunan normları birbirine bağlayıp koordine eden bir başka normun kabulü anlamına gelir. Sonraki normun evvelkini ilga ettiğini söylemek ise, zaman içinde teselsüle, normlar arası ilişkiye yabancı bir değer tanınmak olur. Normların çatışmasından doğan bir sınır ve bir hukuka uygunluk nedenine ulaşmak için, ilke olarak, açık bir hüküm bulunmalıdır. Bu yoksa veya gerekli açıklığa sahip değilse, sistemin mantığına başvurarak yeni bir norm yaratmak gerekmektedir<sup>12</sup>.

2) *Çatışmanın giderilmesinde ölçüler*: Burada, maddi anlamda hukuka aykırılık anlayışından kaynaklanan *menfaatlerin dengelenmesi* ve *toplumsal uygunluk*<sup>13</sup> gibi ölçüleri bir tarafa bırakarak, *özel norm kuralı* ve *çelişmeme ilkesi* üzerinde duracağız.

a. *Özel norm kuralı*: Sübjektif hak bahşeden normun, suç yaratan norma nazaran özel olduğu; bu nedenle de çatışma halinde sübjektif hak yaratan norma üstünlük tanınması gerektiği savunulmuştur. Böyle düşünenlere göre, suç yaratan normlar herkese hitap ederler. Sübjektif hak yaratan normlar ise, sadece belli özellikleri bulunan kimselere hitap ederler. Hitap ettikleri süljeler arasındaki bu farklılık nedeni ile, hak bahşeden normu özel norm saymak ve buna üstünlük tanımak gerekir. Öte yandan, her normun içinde, üstü kapalı olumsuz bir şart vardır. Ceza normu bakımından bu olumsuz şart, ceza normunun, o konuyu düzenleyen başka bir norm olmadıkça uygulanabileceğini ifade eder. Farklı hukuk disiplinine ait özel bir norm, ceza normu bakımından söz konusu olumsuz şartı teşkil edebilir. Öyle ise, özel norm

<sup>11</sup> Bk. Nuvolone, 97; Bk I / A 4

<sup>12</sup> Bk. Nuvolone, 97-98; Bk. I / A / 4

<sup>13</sup> *Caracacioli, I vo: L'esercizio del diritto*, Milano 1965, 181-193; Maddi anlamda hukuka aykırılık ve bunun konu ile ilgisi için bk. Nuvolone, 55-63.



kuralı disiplinlere ait normlar arasındaki çatışmanın çözümlenmesinde de kullanılabilir<sup>14</sup>.

Ancak söz konusu çatışmanın unsurlarını teşkil eden normların önemli bir özelliği bulunduğu unutulmamalıdır. Bu normlar çatışma içinde olmanın ötesinde, farklı gereksinmelere cevap veren farklı koruma biçimleri yaratmaktadırlar. Örneğin ceza hukuku normları, topluluk ya da bireylerin bazı menfaatlerini belli saldırılara karşı koruyan kamusal ve objektif bir sistem oluşturmaktadırlar. Özel hukuk normları ise bu alanın özelliği dolayısıyla sübjektif bir koruma yaratırlar. Bu da, söz konusu alanların, birbirlerinden bağımsız ölçülere (değerlere) sahip bulunmasının doğal sonucudur<sup>15</sup>. Öyle ise, farklı disiplinlere ait normlar arasındaki çatışmanın genellik-özellik kuralına göre çözülmesi, pek sağlıklı bir usul sayılmamalıdır.

b. *Çelişmeme kuralı*: Kuralın kaynağı, kanun koyucunun kendi kendi ile çelişemeyeceği şeklinde ifade edilen ve sistemin mantığından çıkartılan bir ilkedir. Yani hukuk sisteminin bir alanınca kabul edilen gerçekliği, farklı bir hukuk alanının tanımazlıktan gelmesine imkân yoktur. Bu nedenle, herhangi bir normun, diğer bir başka normla çelişkiye düşen bir içeriğe sahip bulunması düşünülemez. Bazen hukuk düzeninin bir alanı tarafından (medeni hukuk, idare hukuku) müsamaha edilmekle kalmayıp, açıkça yetkili kılınan bir davranış, aynı zamanda suç yaratan bir normun da alanına girmektedir. Gerçekten de böyle bir durum varsa, yasa koyucunun kendi kendisi ile çelişmesi olgusu karşısındayız demektir. Sistemin mantığı buna engel teşkil eder<sup>16</sup>. Yapısal bir ilkeye göre örgütlenmiş toplumda, aynı toplumsal ilişkiler bakımından, seçimlik ve biribiri ile çatışan düzenlemeler olamaz. İki norm arasında çatışma varsa, ya bunu çözen normlar bulunmalı; böyle bir norm yoksa, bu konuda sistemin mantığından çıkartılan ölçülere başvurulmalıdır. Mağdurun rızası, yetkinin (hakkın) icrası kavramları bu bakımdan önemli olmaktadır. Örneğin hak bahşeden normla suç yaratan norm arasındaki çatışmayı biçimsel mantık kuralları ile çözmek mümkün olamaz. Bunu çözen açık bir kural yoksa, sistemin mantığından hareketle varılan "yetkinin icrası" (hakkın icrası) kavramından yararlanılabilmektedir<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Caraccioli, L'esercizio..., 194-195; Bk I/ A / 1

<sup>15</sup> Montovani, 636; Caraccioli, L'esercizio ..., 196

<sup>16</sup> Caraccioli, C'esercizio, 197-198

<sup>17</sup> Nuvolone, 124; Konuya normlar çatışması açısından değil de, bir başka açıdan yaklaşanlar vardır. İki norm aynı olguyu düzenlediği takdirde, cezalandıran normun üstün tutulması gerektiği; buna karşılık, normların ayrı ayrı olguları düzenlemeleri yani hak bahşeden normun daha başlangıçta, düzenlediği konuyu cezalandıran normun alanından çıkarttığı hallerde, aynı sonuca varılamayacağı ileri sürülmektedir. Bu gibi

Demek ki, sorunun çözümlenmesinde önemli olan husus, normun görünüşte öngördüğü şey ile gerçekten öngördüğü şey arasındaki farkı belirlemektir. Bu konuda, hukuka uygunluk nedenleri bakımından, normu karmaşık bünyesi içinde ele almaktan ziyade soruna tek açıdan bakan anlayış yerine, daha geçerlisi konulmalıdır. Diğer bir deyişle, hak (yetki) olarak kabul edilen fiilin hukuka uygunluğunu, normun sınırları açısından ele alan anlayış benimsenmelidir. Bu anlayışta, yasa koyucunun yaptığı değerlendirmenin yeniden ortaya çıkartılması, bütün hukuk düzeninin başta gelen görevlerindedir. Öyle ise, gerçek kanuni soyut tip, ceza kanunun hükümleri ile bunun sınırlarının sentezinden çıkartılabilmektedir<sup>18</sup>. Bu da, normun sınırlarının sistemin mantığından çıkartılmasından başka birşey değildir.

c. *Hak bahşeden normun üstünlüğü*: İncelenen tür bir çatışmada, yetki bahşeden normun suç yaratana üstünlüğünün, açık norm bulunmaması halinde, sistemin mantığından çıkartılabileceği belirtilmişti<sup>19</sup>. Hukuk düzeninin kendi kendisi ile çelişkiye düşmeyeceğini söylemek, tek başına, yetki veren normun üstünlüğünü göstermeğe yetmez. Ancak, yetki veren norm suç yaratan norma feda edilecek olursa, yetki veren normun içeriği tamamen kaybolacaktır. Diğer çözümün kabul edilmesi halinde ise, suç yaratan norm, kısmî bir sınırlama dışında, bir çok somut olay bakımından varlığını sürdürmeğe devam edecektir. Bunu şöyle de ifade edebiliriz: ceza hukuku dışı bir normun verdiği yetkinin (hakkın) icrası, cezai sorumluluk doğuracak olursa, söz konusu davranışa yetki verilmediği sonucu çıkar. Yetki veren normun üstünlüğü kabul edildiği takdirde ise, suç yaratan norm, tipik fiilin, meşru bir yetkinin icrası dolayısıyla işlenmediği her olayda uygulama kabiliyetini sürdürür<sup>20</sup>.

Bütün bu nedenlerden dolayı, yetki veren normla cezalandıran norm arasındaki çatışma, sistemin mantığının bir ifadesi olan çelişme-me ilkesinden kaynaklanan, *yetkinin (hakkın) icrası* adını alan ve

---

durumlarda bir normlar çatışması değil de, değerlendirme çelişkisi söz konusu olmaktadır. Ancak bunun aksi örnekler de vardır. CK.'nin emniyeti suiistimali suç sayan normu ile MK.'nin kanuni rehin hakkını tanıyan normu, aslında iki ayrı değer yaratmaktadır. Yasa koyucu burada, borçlunun malın kendisine geri verilmesi menfaatını, alacaklının menfaata feda etmektedir. Bu nedenle, yetki veren norm, daha temelinde, suç yaratan normdan farklı bir alanda hareket etmektedir. bk. Montovani, 636-637.

<sup>18</sup> Montovani, 637

<sup>19</sup> Bk. yuk. I / B / 1; Ayrıca bk. Nuvolone, 97, 98, 124

<sup>20</sup> Caraccioli, L'esercizio ..., 201-202.

ceza normunun sınırını belirleyen hukuka uygunluk nedeni aracılığı ile çözülmelidir<sup>21</sup>.

C. *Hekimin işlemlerinin hukuka uygunluğunun nedeni: yetkinin icrası*: Burada, yetkinin icrası sebebinin genel şartları bakımından açıklamaksızın, tıbbi / cerrahi işlemler yönünden anlamını belirlemeğe çalışacağız. Yetkinin icrası hukuka uygunluk nedeninin tıbbi / cerrahi işlemler bakımından incelenmesi, herşeyden evvel bunun sınırlarının belirlenmesi sonra da bu sınırların aşılması sorununu akla getirmektedir.

1) *Yetkinin icrası*: Hekimin tıbbi işlemlerinin cezalandırılmamasını açıklamak bakımından mağdurun rızası, zaruret hali, görevin yerine getirilmesi, toplumsal amaçlara uygunluk gibi, haklı yanları olmakla birlikte, sorunu bütünü ile çözemeyen nedenlere dayanılmıştır. Bunlardan mağdurun rızası, ferdin vücudu üzerindeki tasarruf hakkının sınırlı olması nedeni ile yetersiz kalmaktadır. Bazı hallerde ise, hasta zaten rızasını beyan edemeyecek bir durumda bulunmaktadır. Zaruret hali de, meseleyi tam anlamı ile açıklayamamaktadır; zira her tıbbi müdahalede zaruret halinin şartları yoktur. Nihayet maddi anlamda hukuka aykırılık kavramı da cezasızlığın politik gerekçelerini açıklamaktan ileriye gidememektedir<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Bk. Caraccioli, *L'esercizio...*, 202; Geleneksel olarak hakkın icrası adını alan bu hukuka uygunluk nedeni, mantığı (ratio) dolayısı ile, dar anlamda sübjektif hakkın icrası ile sınırlanamaz. Bu nedenle, hukuk düzeninin yetki tanıdığı her davranış, söz konusu hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanına girer. Bk. Montovani, 643-644.

<sup>22</sup> Bu konularda bk. *Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir*: Nazari ve tatbiki ceza hukuku, ist. 1978, c. II, 53-61; Bayraktar, 78-90; Nuvolone, 127-128; Montovani, 644; *Cavallo, Vincenzo*: *L'esercizio del diritto*, 1939, 147; *Bettiol*, tıbbi / cerrahi müdahalelerin hukuka uygunluğunu birden fazla nedene dayandırmaktadır. Olumlu sonuç veren müdahale, herşeyden evvel, ahlaki - hukuki - toplumsal düzenin gereklerine uygun olduğu için (maddi anlamda hukuka aykırılık), hukuka aykırı sayılmaz. Bu durumda sadece fiilin hukuka aykırılığı ortadan kalkmamaktadır; zira artık davranışın kanuni soyut tipe uygunu da söylenemez. Bununla beraber, toplumsal yararlılık kavramı, tıbbi / cerrahi müdahaleler bakımından bütün sorunları çözememektedir. Müdahalenin olumsuz sonuç vermesi halinde, hastanın rızası önemli olmaktadır. Bu ölçüyü de, müdahalenin zaruriliği ölçüsü ile tamamlamak gerekmektedir. Bir güzellik enstitüsünde yapılan estetik müdahale olumsuz sonuç verirse, zarurilik şartı gerçekleşmediğinden, kadının rızası, tek başına, fiili hukuka uygun hale getirmeğe yetmeyecektir. Ancak buradaki zaruret, bir hukuka uygunluk nedeni olan zaruret halinden (TCK. m. 49) farklı ve orada öngörülenden daha hafif ve önemsiz bir tehlikenin varlığını gerektiren bir zarurettir. Esasen teknik anlamda zaruret hali (TCK. m. 49), varsa, hastanın rızasına zaten gerek yoktur. Ancak Bettiol, benzeri hallerde, cezasızlığın nedenini daha ziyade mefruz rızada görmektedir. *Bettiol, Giuseppe*: *Diritto penale*, Padova 1976, 305, 346-347; *Antolisei* de, tıbbi / cerrahi müdahalelerin hukuka uygunluğunu, bunun toplumsal çıkar ve amaçlara uygun oluşu ile açıklamaktadır. Hastaların iyileştirilmesindeki toplumsal çıkarı tanıyan devlet, tıbbi / cerrahi müdahalelere yetki vermekte ve bunun düzenlemektedir. *Antolisei, Francesco*: *Manuale di diritto penale*, Milano 1963, 234.

Tıbbi / cerrahi işlemlerin cezalandırılmamalarının esas nedeni, yasa koyucunun tıp mesleğini kuralsal olarak tanıyıp düzenlemiş olması, yani bunlara yetki vermiş bulunmasıdır. Bu işlemlerin hukuka uygun sayılmalarının temelinde yasa koyucunun verdiği bir yetki yatığından, cezasızlığı "yetkinin (hakkın) icrası"na dayandırmak yanlış olmaz<sup>23</sup>. Nitekim, "Tıp meslek ve sanatının icrasına, diploma almak ve Tabip Odalarına kaydolunmak şartları ile izin vermiş olan kanun, bu meslek ve sanatın kullanılması konusunda hekime sübjektif bir hak (yetki) tanımış ve tıbbi müdahalelerde bulunan doktor da bu hakkını kullanmıştır"<sup>23/a</sup>.

2) *Yetkinin (hakkın) icrasının şartı: rıza*: Yetkinin kullanılmasının ana şartı, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olmaktır. Kanuni yetkinin varlığı için diploma, bunun tasdiki, yabancı ülke diplomaları, uyrukluk, tâbipler birliğine kaydolmakla ilgili kanuni şartların gerçekleşmiş bulunması gerekir. Aksi halde kanuni yetkiden; dolayısıyla da yetkinin (hakkın) icrası nedeninden söz edilemez<sup>24</sup>. Bu önşartın dışında, yetkinin (hakkın) kullanılmasının önemli bir şartı vardır: hastanın rızası.

a. *Esası*: Kanunun açıkça öngörmediği hallerde, bu yetkinin sınırlarının belirlenmesi gerekir. Yetkinin kullanılmasının sınırlarını saptayabilmek için, yetki veren normun mantığına (ratio) bakmak icap eder. Bizde hastanın rızası kanunen aranan bir şarttır (TŞ STİHK., m. 70). Rızanın geçerlilik şartları, küçüklerin, vesayet altındakilerin rızası ile ilgili sorunlar, bunları düzenleyen kanunlara göre çözülür<sup>25</sup>.

Bununla beraber, hastanın rızasına ilişkin öyle bazı sorunlar vardır ki, bunları ancak, tıbbi / cerrahi müdahalede rıza şartının niteliğine başvurarak çözmek mümkün olabilmektedir.

Tıbbi / cerrahi müdahaleler, tabiatları gereği, bir çok tehlikeleri içerirler. Bu tehlikeler gözönünde alındığında, hastanın rızası, tıbbi / cerrahi müdahalelerin mantıksal bir sınırı teşkil etmektedir<sup>26</sup>. Hastanın rızasının alınması, insanın kişiliğine ve özgürlüğüne duyulan saygının doğal bir sonucudur. Bu nedenle hastaya, çeşitli imkânlar karşısında kendi geleceği ve sağlığı bakımından bir seçimde bulunmak

<sup>23</sup> Montovani, 645; Bayraktar, 105, 106; Cavallo, 147; 4 HD. E. 19761 6279 K. 1977/ 2541. YKD. 1978 n. 6, 909; Sağlık kanunlarının hekime görev yüklediği hallerde, vazifenin icrası söz konusu olmaktadır. UHK, m. 90, 99, 105; SİHK. m. 7; HT. m. 95 vd.

<sup>23/a</sup> Dönmezer-Erman, II., 61-62

<sup>24</sup> Bu konuda bk. Bayraktar, 111-112

<sup>25</sup> TŞSTİHK., MK., TDN., Bu konularda geniş bilgi için bk. Bayraktar, 123-124.

<sup>26</sup> Montovani, 645

yetkisinin tanınması gerekir<sup>27</sup>. Görüldüğü üzere burada, teknik anlamda bir hukuka uygunluk nedeni teşkil eden rıza söz konusu olmamaktadır. Tıbbi / cerrahi müdahaleler bakımından rıza şartının nedeni, kişinin tehlikeyi kabul etmesi şartından vazgeçmenin, mantıken mümkün olmamasıdır<sup>28</sup>. Nitekim tıbbi / cerrahi müdahalelerin hukuka uygunluğunu mağdurun rızasına dayandıranlardan bazıları, burada yine de kendisine özgü bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğunu; söz konusu hukuka uygunluk nedeninin mantıken rızayı içerdiğini savunmaktadırlar<sup>29</sup>. Esasen hastanın rızasını, teknik anlamda mağdurun rızası olarak anlaşırsa idik, kişinin, belki de şikâyete bağlı müessir fiil sınırında kalan müdahaleler bakımından rızasını geçerli saymakla yetinmek zorunda kalacaktık<sup>30</sup>. Oysa ki hastanın rızası, yetkinin (hakkın) icrasının mantıkî ve vazgeçilmez sınırı<sup>31</sup> olarak kabul edilmekle, soruna tasarruf yetkisi açısından değil de, amaçsal bakımdan bakmak mümkün olabilmektedir. Nitekim bu durumda, kendi üzerinde tıbbi / cerrahi müdahaleler yapılmasına izin veren kimsenin rızasının konusu, hayat veya vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesi değil de, bilâkis bunların korunmasıdır<sup>32</sup>. Ayrıca, tedavi edilmek amacı ile, vücut bütünlüğüne dokunulmasına izin veren kişiyi *mağdur* saymak da mümkün değildir. Vücut bütünlüğünü ihlâl için işlenmiş hafif bir fiile ses çıkarmamak ile sağlığına kavuşmak için bedeni üzerinde bazı işlemlere izin vermek arasında, önemli farklar vardır.

Hastanın rızasının bu şekilde anlaşılması, hekimin hasta karşısında bazı açıklamalar yapmak yükümlülüğünü doğurmaktadır. Bu açıklamalar<sup>33</sup> olmaksızın, hastanın, kendi üzerinde yapılacak müdahalenin tehlikelerini anlayabilmesi ve hayatı, sağlığı konusunda serbestçe karar verebilmesi mümkün değildir.

Tıbbi / cerrahi müdahaleler alanında hukuken geçerli bir rızadan söz edebilmek için, hastanın, bunun konusunun anlam ve önemi bakı-

<sup>27</sup> Bayraktar, 124

<sup>28</sup> Montavani, 645

<sup>29</sup> Pedrazzi: Consenso dell'avvento diritto, Encic. del dir. c. ix, 144

<sup>30</sup> Bayraktar, 80, 84, 144; Bettiol şikâyetle mağdurun rızasının ayrı ayrı amaçlara hizmet eden kurumlar olduklarından hareket etmekte ve bu nedenle burada söz konusu ölçüye başvurulamayacağını belirtmektedir. Bettiol, 347.

<sup>31</sup> İnsan kendi vücudu üzerinde sınırsız bir hakka sahip değildir. Fakat amaç tedavi olduğu zaman kişi, serbestçe rızasını verebilir. Bayraktar, 144

<sup>32</sup> Bu konuda bk. Nuvoione, 26, 27.

<sup>33</sup> "... hasta hekim karşısında somut varlık, aydınlanmayı bekleyen kimse olarak kabul edilmelidir... dikkate alınacak hususlar hastanın kültürel, toplumsal ve psikik durumu olacaktır ..... hekim (hastanın) içinde bulunduğu psikik durumu dikkate alarak, onun tarafından anlaşılacak ve tahammül edilecek ölçüde bilgiler verecektir" Bayraktar, 128. Bu açıklamalar hastalığın mahiyeti, nedenleri, etkileri ve yapılacak müdahalenin çeşidi ve ulaşılacak istenen amaç gibi konuları kapsayacaktır. Bayraktar, 125, 126.

mından kesin bilgilere sahip bulunması gerekir. Bunun nedeni, tıbbi / cerrahi müdahalelerin içerdiği tehlike ve bazan da bu tehlikenin gerçekleşmekte olmasıdır. Hastanın ancak, kendisine gerekli açıklama yapıldığı takdirde, müdahalenin tehlikesini gözönünde bulundurarak rızasını verdiği kabul olunabilir. Tam ve mükemmel bir rızadan söz edebilmek için, hekimin hastanın bilgisizliğini de gözönünde bulundurması ve teknik açıklamaları bu açıdan tamamlaması gerekmektedir. Bu genel kuralı somut olaya uygularken, bazı başka unsurların da hesaba katılması gereği doğabilmektedir. Zaruri bir cerrahi müdahalenin ölüm tehlikesini içermesi halinde, müdahalenin sonuçları hakkında daha kesin açıklamalar yapılmalıdır. Zira bu muhtemel sonucun gerçekleşmesi, bir ölçüde, hastanın vereceği karara bağlı bulunmaktadır. Öyle ise, varsa, ölüm tehlikesinin hastaya bildirilmesi daha doğru olur<sup>34</sup>.

Yargıtay, "... rızasının bulunduğu kabul edilse dahi ... muayenenin muhtemel sonuçları, riski .... bildirilmemiştir... bu tür muayenelerde kızlık zararının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir deyimle bu muayene sonunda herhalde kızlık zararının bozacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak.... bildirilmeliydi"<sup>35</sup> demek sureti ile, geçerli bir rızadan söz edebilmek için, ayrıntılı açıklamaların gerekliliğini kabul etmiş bulunmaktadır.

b. *Sınırı: aa . Genel olarak:* Rızanın sınırının çizilmesi de gerekmektedir. Hekimin hastanın rızasına dayanarak neyi yapıp neyi yapamayacağını ancak böyle belirlenebilir. Öte yandan, hastanın, sakatlık ve ölümü seçmesinin hukuken geçerli olup olmayacağı sorunu da, bu yaklaşımla çözülebilecektir.

Sorunlardan ilkinin cevabı aranırken, hayat ve vücut bütünlüğü alanında, tıbbi / cerrahi müdahalelerle sınırlı olarak, kişinin vücudu ve hayatı üzerinde kazandığı tasarruf yetkisinin nedenine dönmek gerekmektedir. Rızanın nedeni, tıbbi / cerrahi müdahalelerin tehlikeliği ve hastaya sağlığı konusunda bir seçim hakkı tanımak olduğundan, rıza, konu ve kapsam bakımından verildiği andaki sınırları içinde yorumlanmalıdır. Rızanın şu veya bu biçimde verilmesini etkileyen açıklamalara nisbetle radikal sayılabilecek değişiklikler ortaya çıktıkça; sınırın aşılması tehlikesi başgöstermektedir. Bu radikal değişiklikler zaruret halinin şartlarını gerçekleştirmedikçe (TCK. m. 49), hastanın ek rızasına başvurmak<sup>36</sup> müdahalenin olağanüstü bir tehli-

<sup>34</sup> Bu konuda çeşitli düşünceler için bk. Crespi, La respon..., 688-689

<sup>35</sup> 4 HD. E. 1976 / 6297 K. 1977 / 2541. YKD. 1978 n. 6., 906.

<sup>36</sup> Bayraktar, 143

ke yaratır hale gelmesi durumunda da yeni baştan hastanın rızasını almak zorunluluğu doğacaktır<sup>37</sup>.

İkinci sorunun cevabını, kişinin hayat ve vücut bütünlüğünün toplumsal değeri ile hiç bir kimsenin açık kanun hükmü bulunmadıkça belli bir sağlık işlemine zorlanamayacağı yolundaki anayasal ilke (örneğin İtalyan Any. m. 32) ışığında aramak gerekir. Hastanın ölümü veya sakatlığı seçmesini, hukuken geçerli saymak mümkün değildir. İnsanın kendi hayat ve vücut bütünlüğünden vazgeçme hakkı yoktur<sup>38</sup>. Bireyin ailesine ve topluma karşı olan görevlerini yerine getirmesini imkânsızlaştıran veya önemli derecede azaltan hallerde, hastanın rızasının aranmasına gerek yoktur<sup>38/a</sup>. Hayat ve vücut bütünlüğü gibi hukuki varlıklar, günümüzde, bireyin, ailesine ve topluma karşı görevlerini yerine getirebilmesi bakımından son derece önemli kabul edilmektedirler. Bu nedenle, bireyin toplumsal değerinin ve yararlılığının azalmasının söz konusu olduğu hallerde,<sup>38/a</sup> rıza önemini kaybetmektedir. Ayrıca bazı kanun hükümleri de, hastanın rızasının aranmayacağı halleri belirtmiş bulunmaktadır<sup>39</sup>.

bb . *Zaruret hali*: Hayat ve vücut bütünlüğü bakımından ağır ve muhakkak bir tehlike varsa zaruret hali hükümleri uygulanır (TCK. m. 49) ve hastanın rızası aranmaz. Bunun gibi vesayet veya velâyet altında bulunmayan ehliyetsizlerle, rızasını veremeyecek durumda olanlar üzerinde, ancak zaruret halinin şartları (TCK. m. 49) bulunduğu takdirde tıbbi / cerrahi müdahalede bulunulabilir<sup>40</sup>. Olayda zaruret halinin şartları yoksa, müdahale hukuka aykırıdır<sup>41</sup>. Zaruret halinin konumuz bakımından en önemli şartı, ağır ve muhakkak bir tehlikenin bulunmasına ilişkin şarttır. Tehlike, bir olayın, bir menfaatin ortadan kalkmasına veya azalmasına elverişli bulunmasıdır; bu nedenle muhakkak, fiilhal ve yakın gelecekteki tehlikeler bu şartı gerçekleştirirler<sup>42</sup>. Kişinin hayat ve sağlığını ileride düzeltilemeyecek derecede tehdit eden hastalıklar, TCK. m. 49 anlamında tehlike sayılmalıdır.

<sup>37</sup> Tıbbın özellikleri dolayısıyla, "rızanın ... genel, soyut bir rıza olması yeterli görülmemektedir... artık, tedavide, tedavinin biçimi, ameliyatta, ameliyatın icra biçimi konusunda da ayrı bir rızanın varlığına ihtiyaç yoktur... (ancak) belirli bir tedavi veya ameliyatın yapılması konusunda hastanın rızası gereklidir... Belirli bir konu için (verilen) rıza (ile) .... hekim henüz teşhis edemediği hastalığı bulabilmek için çeşitli testler, muayeneler yapabilecektir "Bayraktar, 143

<sup>38</sup> Bk. Bayraktar, 132

<sup>38/a</sup> Antolisei, Manuale..., 215; Bettiol, 345

<sup>39</sup> UHK. m. 67, 72-77, 88, 90, 101, 103, 107, 112, 119, 284, 288, 287, 291; SIHK. m. 70

<sup>40</sup> Montovani, 645

<sup>41</sup> Montovani, 645

<sup>42</sup> Bk. *Toroslu, Nevzat*: Ceza hukukunda zaaruret hali, Ankara 1968, 93 vd.

Halen bu özellikleri göstermeyen bir durum "... ileride hastanın hayatını ve sağlığını, tıp biliminin önleyemeyeceği ve etkilerini silemeyeceği ölçüde tehdit (eder hale dönüşecekse ve bu) ... tıp bilimi kurallarınca doğrulanıyorsa"<sup>43</sup> yakın bir tehlike vardır ve hastanın rızasını alınmasına gerek yoktur. Aynı şekilde, hastanın rızası alınarak başlanan bir cerrahi müdahale sırasında, baştaki teşhisin yanlış, eksik olması veya herhangi başka bir nedenden dolayı yeni tedbirlere gereksinme duyulabilir. Bu gibi durumlarda, mutlak ve zaruri görülen yeni tedbirler, hastanın rızasına başvurulmaksızın alınabilmelidir. Zira söz konusu tedbirlerin alınmamasının, cerrahi müdahaleden beklenen olumlu sonucu ileride telâfi edilemeyecek biçimde tehlikeye sokması ihtimali varsa, zaruret halinin (TCK. m. 49) şartları gerçekleşmiş demektir<sup>44</sup>.

Hastanın rızasını belirtmeyecek durumda olduğu hallerde, mefruz rıza kavramına başvurulduğu görülmektedir. Mağdur durumunu bilse mutlaka rızasını verirdi varsayımından hareketle, hastanın bilinçsizliği sırasında yapılan bazı tıbbi / cerrahi müdahalelerin hukuka uygun sayılması gerektiği iddia olunmuştur<sup>45</sup>. Bayraktar bu konuda, TŞSTİHK. m. 70 hükmüne dayanmakta ve "... (hekim) ... tıp bilimine uygun, hasta için gerekli müdahalede bulunduğu an hukuka uygun fiilde bulunmaktadır" diyerek, sorunu hakkın icrası kavramı ile çözmek istemektedir<sup>46</sup>. Ancak burada da yine zaruret halinin şartlarını aramak (TCK. m. 49) daha yerinde olacaktır. Benzer durumlarda zaruret haline (TCK. m. 49) başvurduğumuz takdirde, rıza şartının özü ile daha iyi bağdaşan bir çözüm bulabiliriz<sup>47</sup>. Gerçekten de zaruret hali, hastanın rızasının aranmasının nedenlerinden birini teşkil eden serbest seçim hakkının sınırlarını gösteren anlamlı bir kavramdır<sup>48</sup>.

Hastanın ifadeye muktedir olamaması halinde rızasının aranmasına gerek bulunmadığını öngören kanun hükmü (TŞSTİHK. m. 70), tek başına, aksi sonucu haklı gösterememektedir. Nitekim söz konusu madde, bu gibi hallerde rızanın aranmasının gerekli olmadığı yolunda bir tesbitte bulunmuş; ama benzer durumlarda zaruret halinin (TCK.

<sup>43</sup> Bayraktar, 131, 132

<sup>44</sup> Crespi, La respon., 889; Aynı mahiyette Bayraktar, 143

<sup>45</sup> Bk. Bayraktar, 141

<sup>46</sup> Bayraktar, 141

<sup>47</sup> Bk. yuk. 1 / C / 2 / a

<sup>48</sup> Cavallo, apandisit ameliyatına rıza gösterenin ameliyatı sırasında bir bağırsak tümörü ile karşılaşan cerrahın, hastanın rızasını aramadan bunu alabileceğini ve bunun da hakkın icrası nedeni ile hukuka uygun olduğunu savunur. Cavallo, 146-147; Oysa ki, bu durumda ancak şartları varsa ancak zaruret hali (TCK. m. 29), cerrahın müdahalesini hukuka uygun hale getirir.



m. 49) şartlarının dışına çıkılabileceğini gösteren bir ifade kullanmamıştır. Maddenin doğrudan doğruya alanına giren haller, zaten zaruret halinin (TCK. m. 49) şartlarının gerçekleştiği hipotezlerdir. Trafik kazasında bilincini kaybetmiş kişiyi kurtarma, mide kanaması sonucu bayılmış kişinin kanamasını durdurmak için gerekli müdahaleleri yapmak gibi. Bütün bu hipotezlerde, zaruret halinin (TCK. m. 49) şartları vardır. Söz konusu hüküm bulunmasa idi de, hekim, hastanın rızasını almadan gerekli aynı işlemleri yapabilecekti. Fakat bunun da bir sınırı vardır. Mide kanaması geçirdiği için müdahale edilen hasta üzerinde, zaruret halinin (TCK. m. 49) şartları bulunmamasına rağmen, rızası alınmadan bir böbrek ameliyatı icra edilebilir mi? Böyle hareket eden cerrahın TŞSTİHK. m. 70 hükmüne dayanması mümkün olabilir mi<sup>49</sup>?

Görüldüğü üzere bir yandan kişinin hayat ve vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlılığı, diğer yandan da zaruret hali hükümleri (TCK. m. 49) karşısında, hastanın rızasının aranacağı durumların alanı daralmış bulunmaktadır. Bu nedenle, hastanın rızasının aranmasına gerekçe teşkil eden hukuki değerlerin tamamen ortadan kalkması gibi bir ihtimali gözönünde tutmak gerekir. Böyle bir sonucu önlemek ve kontrol altında tutabilmek için, ağır ve muhakkak tehlike (TCK. m. 49) ve hayat ve vücut bütünlüğünün toplumsal değeri kavramlarını bilimsel, sosyolojik ve ekonomik bakımdan gerçekçi bir yoruma tâbi tutmak gerekmektedir.

Zaruret halinin şartlarının (TCK. m. 49) gerçekleşmediği durumlarda, hastanın rızasını almadan yapılan müdahaleler, diğer şartlar da varsa, bağımsız bir suçta vücut verir (TŞSTİHK, m. 70)<sup>50</sup>. Böyle bir müdahale ayrıca tıbben olumsuz bir sonuç vermediği sürece, başka bir suçtan (örneğin TCK. m. 456 veya 459) dolayı sorumluluk söz konusu olmaz. Zira burada, müessir fiil suçunun yasakladığı cezai ihlâlin gerçekleştiği söylenemez. Nitekim hastanın sağlık durumunda bir iyileşme elde edilmesi, vücut bütünlüğü dediğimiz hukuki varlığın ihlâl edilmediğini gösterir<sup>51</sup>. Böyle bir hipotezde hekim veya cerrahın fiilinin sebebi, vücut bütünlüğünü ihlâl etmek değil de, hastanın sağlığında bir iyileşme elde etmektir. Bu sebep, müessir fiili suç sayan ceza normunun, sistemin mantığından gelen sınırını teşkil eder<sup>52</sup>.

Zaruret halinin şartları (TCK. m. 49) yokken, hastanın rızasına başvurulmaksızın gerçekleştirilen bir müdahaleden olumsuz sonuçlar

<sup>49</sup> Bayraktar da bu hüküm ile zaruret hali arasında ilişki kurmaktadır. Bayraktar, 141

<sup>50</sup> Bu konuda bk. Bayraktar, 236 vd.

<sup>51</sup> Montovani, 645

<sup>52</sup> Nuvolone, 25-27

doğacak olursa, taksirin bulunması şartı ile, yerine göre taksirli mües-  
sir fiil (TCK. m. 459) ve taksirli adam öldürme (TCK. m. 554) suçları  
söz konusu olabilir.

3) *Hukuka uygunluğun sınırı: Tıp sanatının kuralları:* Tıbbi /  
cerrahi müdahale, hukuken izin verilmiş bir faaliyet olmakla birlikte,  
taşıdığı tehlikeler nedeni ile bazı teknik sınırlara da taâbidir. Bu tek-  
nik sınırlar, hekimin, zararlı sonuçlar doğması tehlikesini ortadan kal-  
dıracak önlemleri almasını gerektirir. Tıp mesleği bakımından güçlük,  
kanunların bu tedbir kurallarını göstermemesinden ileri gelmektedir.  
Ancak, tıp mesleğinin teknik kurallarının kanunda gösterilmemiş ol-  
ması, bunlara aykırılığın bağımsız suç sayılmasını önler. Fakat yine  
de tıp sanatının kendisinden gelen ve tıbbi faaliyeti teknik olarak sı-  
nırlayan bazı tedbir görevleri vardır. Bunlara uyulması, tıbbi işlemlerin  
teknik sınırını gösterir<sup>53</sup>. Kendi mesleğinin gerektirdiği bilgilere sahip  
farzolan hekimin, tıp meslek ve sanatının kurallarına uygun hareket  
etmesi, yetkinin kullanılmasındaki objektif sınırı oluşturur<sup>54</sup>.

Söz konusu sınır, kanunun eşit derecede koruduğu menfaatler  
arasında bir yumuşaklık ve uygunluk sağlama gereğinden doğmakta-  
dır. Bu menfaatlerden ilki, tıbbi / cerrahi müdahale gibi tehlikeli bir  
faaliyete izin verme kararının altında yatan menfaattir. Diğer bir de-  
yişle, bir uçta, bireylerin sağlığı ve bunun toplumsal değeri yer almak-  
tadır. İkinci menfaat de, söz konusu faaliyetin icrası dolayısı ile tehli-  
keye maruz kalan bireysel hayat ve vücut bütünlüğü değerleri ile, bun-  
ların toplumsal sonuçlarıdır.

Olumsuz sonuç ihtimalinin çok küçük, buna karşılık tıbbi işlem  
aracılığı ile kişinin sağlığı bakımından önemli bir iyileşme sağlama ihti-  
mali kuvvetli ise, kötü sonuç endişesinin, olumlu sonuca kavuşmak

<sup>53</sup> Montovani, 645; Crespi, La respon..., 883-884; Bununla beraber, hekimin bir tıbbi  
işleme girişmiş olmasının, bu davranışın yarattığı tehlikeleri önlemek bakımından bir  
göreve vücut verdiğini söyleyenler vardır. Yani hekimin muhtemel zararları önlemek  
bakımından hukuki görevi vardır. Buna ilişkin tedbirleri almayan hekim, sonucu ön-  
lemek görevini yerine getirmeyenlerin bundan sorumlu tutulacaklarını öngören ilke-  
ye dayanarak, zararlı sonuçtan dolayı cezalandırmak gerekir. Ancak, hekimin tıbbi  
bir işleme girişmesi, söz konusu ilkenin dayanağını teşkil eden hukuki bir görev olarak  
anlaşılamaz. Zira, zararlı sonucu önlemek için gerekli tedbirleri almayan hekim,  
zaten tıp sanatının kurallarına uymamış demektir. TDN.'nin ilgili hükmü de, bunu  
hukuki bir görev haline getirmeğe yeterli değildir. Montovani, 646; Ayrıca bk. *Anto-  
lisei, Francesco: L'obbligo di impedire l'evento*, in *Studi di diritto penale*, Milano  
1955, 315-136

<sup>54</sup> Dönmezer-Erman, II., 63

<sup>55</sup> Yargıtay da bu sınırı kabul eder. 4 HD. E. 1976 / 6279 K. 1977 / 2541. YKD. 1978,  
n. 6, 909

istegi karşısında pek önemi kalmaz. Zira burada, tıbbi müdahaleden vazgeçmek sureti ile korunmak istenen varlık, hukuki bakımdan, tıbbi müdahalenin vadettiği sonuçtan daha az değerlidir<sup>56</sup>. Görüldüğü üzere, sorun, normların somut biçimde uygulanması sırasında ortaya çıkan bir menfaatler çatışmasının nasıl çözüleceğidir. Söz konusu menfaatler çatışmasının nasıl çözüleceğini gösteren açık normların bulunmaması karşısında, çatışan menfaatlerin yumuşatılması ve dengelenmesi gerekmektedir. Bu yumuşatma ve dengelemenin yöntemi, tehlikeler taşıyan faaliyeti yasaklamaksızın, hukuki varlıkların ve menfaatlerin korunmasını sağlamaktır. Yetkinin kullanılmasını yasaklamaksızın, bunun muhtemel zararlı sonuçlarını sınırlamağa elverişli teknik önlemlerin alınması, böyle bir amacı gerçekleştirebilir. Zira, hastanın hayat ve vücut bütünlüğü gibi hukuki menfaatlerini muhtemel tehlikelere karşı etkili biçimde koruyabilmek için, tıbbi / cerrahi işlemlerin tıp sanatının teknik kurallarından gelen bir sınırlamaya tâbi tutulması gerekir<sup>57</sup>. Bununla beraber somut bir olayda, müdahale etmek veya müdahaleden kaçınmak arasında bir seçim yapmak söz konusu olabilir. Genel kural, tıbbi faaliyeti yasaklamak değil de mümkün ölçüde etkili kılmak olduğundan, yapılan seçimin doğruluğunun değerlendirilmesi bakımından önemli sayılan, elde edilen olumlu veya olumsuz sonuç değil de, müdahalenin gerçekleştirildiği anda mevcut şartlara göre umulan sonuçtur<sup>58</sup>. Sonuç olumsuz olsa bile, olumlu sonuç ummayı haklı gösteren somut nedenler varsa, hekim sorumlu tutulmayacaktır.

## II nci BÖLÜM

### Hekimin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu

Hastanın rızasının alınmasına ilişkin şartlara uyulmamasının sonuçlarından I nci Bölümde söz etmiştik<sup>1</sup>. Burada rıza sorunundan bağımsız olarak, tıp sanatının kurallarına uyup uymamayı esas alan bir yaklaşımla, taksirli sorumluluk sorununu çözmeye çalışacağız. Hekimin tıp sanatının kurallarına uyması halinde, doğabilecek zararlı sonuçlardan sorumlu tutulamayacağı kuşkusuzdur. Bu gibi hallerde hekimi cezalandıramamanın nedeni, kusurluluğun olmamasıdır.

<sup>56</sup> Crespi, La respon..., 883-884

<sup>57</sup> Montovani, 645-646

<sup>58</sup> Crespi, La respon..., 884

<sup>1</sup> Bk. yuk. I / C / 2 / b

Nitekim hekim tıp sanatının bütün kurallarına uymuş ve buna rağmen, öngörülebilir ve hatta fiilen öngörülmüş bulunan zararlı sonuç doğmuş ise, kusurluluktan söz edilmez. Buna karşılık tıp sanatının kurallarına uyulmamış fakat buna rağmen olumsuz bir sonuç doğmamış ise, hekimi yine herhangi bir suçtan sorumlu tutmak mümkün değildir. Sonuç olumsuz ise, hekimin kusurlu olup olmadığına bakılacaktır. Yani hekimin tıp mesleğinin kurallarına uymaması, dikkatsizlik, tedbirsizlik veya acemilik sayılabilmelidir. Öyle ise hekimin taksire dayalı cezai sorumluluğu ancak, tıp sanatının kurallarına uymak sureti ile önlenebilecek zararlı sonuçlar bakımından mümkündür<sup>2</sup>. Ancak bu ilkenin uygulanabilmesinin bir ön şartı vardır. Bu önşart da hekimin tedavi amacı ile hareket etmesidir. Yetkinin kullanılmasının sübjektif sınırını oluşturan bu şarta aykırı hareket eden, örneğin bilimsel deney amacı ile tıbbi müdahalelerde bulunan hekim, yetkisini kötüye kullanmış sayılacaktır<sup>3</sup>.

Hekimin taksire dayalı cezai sorumluluğunu saptamada şu ayrımı yapmak gerekmektedir: hekim tıp sanatının kurallarına uymuş olmasına rağmen, yine de olumsuz bir sonuç meydana gelmiş ise, taksirden söz edilemez. Buna karşılık olumsuz sonuç, söz konusu kurallara uyulmamasından ileri gelmiş ise, hekim taksirinden dolayı sorumlu tutulabilecektir. Burada taksirli sorumluluk, sadece, tıp sanatının bütün tedbir kurallarına uymak sureti ile önlenebilecek zararlı sonuçlar bakımındandır. Eğer bu kurallara tam anlamı ile uyulmuş ise, zararlı sonucun öngörülebilir hatta fiilen öngörülmüş olması, tek başına, taksirli sorumluluğa vücut vermeyecektir<sup>4</sup>. Bu gibi şartlar altında doğan zararlı sonuç, hekimin cezai sorumluluğu açısından sadece bir kaza sayılır<sup>5</sup>.

Bütün bunlar, hekimin taksire dayalı cezai sorumluluğunun, arzettiği özellikler içinde ele alınması gereğini ortaya koymaktadır.

A. *Hekimin taksire dayalı cezai sorumluluğunun temeli: mesleki taksir*: Hekimin sorumluluğu alanında sık sık mesleki taksir kavramına başvurulmaktadır. Mesleki taksir, belli bir mesleğin icrası sırasında ve bu mesleği icra dolayısı ile ortaya çıkan dikkatsizlik, tedbirsizlik, acemilik ve emir ve nizamlara aykırılığı ifade eder. Cerrahin cerrahi müdahale sırasındaki dikkatsizliği veya acemiliği bu anlamda bir

<sup>2</sup> Bk. Montovani, 647

<sup>3</sup> Dönmezer-Erman, H., 63

<sup>4</sup> Montovani, 647; Crespi, La respon..., 883; Ayrıca bk. aş. II / A / 2 de açıklanan ve zararlı sonucu önlemlenin tek çaresinin, yetki verilen faaliyetten çekinme olması konusundaki tartışma.

<sup>5</sup> Crespi, La respon., 883

mesleki taksir teşkil eder. Fakat dikkatsizlik veya acemiliğin içeriği, TCK. m. 455 ve 459 hükmünde öngörülenden farklı değildir. Hekimin hareketi değerlendirilirken, yine, TCK. m. 455 ve 459 hükümlerindeki ölçülere başvurulacaktır. Yani hekimlik kusuru diye bağımsız bir taksir biçimi yoktur<sup>6</sup>. Ancak tıbbi işlemlerin, karışık bir bünyeye sahip, çoğu zaman en uzman hekimi dahi şaşırtacak atipik ve öngörülemez tepkileri bulunan canlı insan vücudu üzerinde yapıldığı unutulmamalıdır. Bu nedenle yargıcın, hekimin kusurluluğu konusunda yargıda bulunurken, bir başışıklık yaratma anlamında olmamakla beraber, çok dikkatli davranması gerekmektedir<sup>7</sup>.

Meslekî taksir sorununu çözmek için, iki ayrı anlayıştan birini seçmek gereği üzerinde de durulmuştur. İlk seçenek, her türlü meslekî faaliyette taksirin genel kurallarını kabul etmek ve tıp gibi özel bir dikkat ve ihtimam isteyen dallarda, hafif taksiri de cezalandırmaktır. İkinci seçenek ise, tıp ve diğer meslekler bakımından ağır-hafif taksir ayırımını gözönünde bulundurmak ve hekimi ancak affedilmez tedbirsizlik, dikkatsizlik ve acemilik hallerinde cezalandırmaktır<sup>8</sup>. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, tıp mesleğinin özelliklerini gözönünde bulundurmak şartı ile, genel taksir kurallarını uygulamak, hukuka daha uygun bir sonuç olarak gözükmektedir.

Nitekim herşeyden evvel, fazla teknik bir zorluğu bulunmayan tıbbi işlemlere baktığımızda, cezalandırabilmek için ağır bir kusurun aranmasının yersizliği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bunun gibi durumlarda, hafif bir kusurun failin cezalandırılmasında yeterli olamayacağını söylemek ve bunu savunmak güçtür. Aynı şekilde, özel bir güçlük gösteren tıbbi işlemlerde, asgari bir beceri kadar asgari bir tedbir ve dikkat de şarttır. Benzeri durumlarda, mutlaka ağır bir kusur aramanın nedenini anlamak zordur. Tıbbi işlemin bir takım özel güçlükler göstermesi halinde, hekim, çok büyük bir dikkat göstermeli ve tedbir kurallarına uymada son derecede özenli davranmalıdır. Gerçi bu gibi örneklerde yargıç, hekimin yeteneği konusunda daha hoşgörülü davranabilir. Fakat hekimin gösterdiği dikkati ve tedbir kurallarına uymadaki özeni çok daha ciddi ve sert biçimde değerlendirmelidir<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> *Pannain, Remo*: La colpa professionale dell' esercente l' arte sanitaria, Riv. it. di. pe., 1955, 33; *Erman, Sahir*: Mesleki ihmalden doğan cezai sorumluluk (çev: Donay, Sü-Süheyli), İÜHFM., 1969, 952; Bayraktar, 205-206

<sup>7</sup> *Altavilla, Enrico*: La colpa, Roma 1950, 451; Bununla beraber ancak belirli tedbirsizlik, ağır taksir, affedilmez beceriksizlik gibi hallerin nazara alınması gerektiği savunulmuştur. Zira en hafif bir kusuru, en ufak bir dikkatsizliği cezalandırmak, insanları hareketsizliğe yöneltmekte, bütün yeni bilimsel deney ve gelişimleri engellemektedir. *Erman, 597*

<sup>8</sup> *Erman, 597*

<sup>9</sup> *Crespi, La respon...*, 896-897

Görüldüğü üzere hekimin taksirden doğan cezai sorumluluğu, kusurluluğun tıbbi işlemler açısından ele alınmasını gerektirmektedir. Sorunu teknik boyutları içinde incelemeye geçmeden evvel, hekimin taksire dayalı cezai sorumluluğuna kaynak teşkil edebilecek tıbbi işlemlerin genel bir tablosunu çizmekte yarar vardır:

Bunlar genel olarak, (i) teşhise ilişkin (yanlış teşhis ve bunun sonucunda elverişsiz ve uygun olmayan bir tedavinin seçilmesi) işlemler; (ii) doğru bir teşhisten sonra tedavi konusunda yanlış bir seçim yapmak; (iii) tedaviyi yanlış uygulamak veya tedavide gecikmek gibi faaliyetlerdir. Öte yandan (i) gerekli olmayan cerrahi bir müdahaleye girişmek; (ii) tehlikeli bir anestezi maddesinin kullanılması veya bir anestezi maddesinin elverişsiz biçimde kullanılması; (iii) gerektiğinde acil tedbirlere başvurmamak; (iv) hastanın klinik bulguların aksine olarak, tavsiyeye şayan bulunmayan bir cerrahi müdahaleye tâbi tutulması gibi hareketler de, özellikle cerrahların sorumluluklarının kaynağını teşkil etmektedirler<sup>10</sup>.

1) *Taksirin esası ve unsurları*: a. *Esası*: Genellikle taksirin psikik özelliklerinden söz edilmektedir. Taksirli davranışın, fail ile fiil arasındaki sübjektif ilişkiyi içeren bir yanı olduğu kuşkusuzdur. Ancak taksirin bu yanı, kavramın hukuki anlamını belirlemek bakımından yeterli değildir. Nitekim TCK.'da taksiri ifade etmek için kullanılan dikkatsizlik, tedbirsizlik, acemilik ve emir ve nizamla aykırılık gibi ölçüler, failin psikik davranışının objektif bir biçimde değerlendirilmesi gereğini ortaya koymaktadır. Genel veya özel hayat deneylerinden çıkarılan tedbir kurallarına aykırılığı saptamada kullanılan bu ölçülerin, temelde, objektif bir niteliğe sahip buldukları konusunda tereddüt etmemek gerekmektedir<sup>11</sup>.

Gerçekten de dikkatsizlik, failin benimsediği davranış ile dikkatli davranışın ne olduğunu gösteren toplumsal kurallar arasındaki bir çatışma; yani davranışın, bunun belli biçimde gelişmesini hükme bağlayan kurallara aykırı olmasıdır. Tedbirsizlik ise, belli hareketleri ve yine belli hareketlerin belli biçimlerde icrasını yasaklayan toplumsal ihtimam kurallarına uymamağı ifade eder. Acemiliğe gelince, bu, davranışın, bu davranışı düzenleyen teknik kurallara nisbeten yetersizliği anlamına gelir. Nihayet emir ve nizamla aykırılık, davranış ile hukuk düzeni tarafından konulmuş tedbir kuralları arasındaki çatışmadan ibarettir. Görüldüğü üzere bütün bu durumlarda, aslında taksirli davranışın dışında kalan; hukuksal veya toplumsal kurallar sistemi ile

<sup>10</sup> Crespi, La respon..., 889-890

<sup>11</sup> Gallo, Marcello: Colpa penale (diritto vigente), Encic. del dir. c. vii, 637.

davranış arasındaki çelişkiden doğan bir ölçüye başvurulmaktadır. Öyle ise taksirin temelinde, hukuk düzeni tarafından konulan veya hayat deneylerinden çıkartılan tedbir kurallarına aykırı davranmak olgusu yatmaktadır. Demek ki, taksirin belirlenmesinde temel sorun, söz konusu tedbir kurallarının ne olduklarının saptanmasıdır<sup>12</sup>.

b. *Unsurları*: İhlâl edildikleri takdirde taksir cinsinden bir sorumluluğa yol açan bu tedbir kurallarının ferdileştirilebilmeleri için *bilebilme* ve *önleyebilme* kavramlarına başvurulması gerekmektedir. Bunlardan *bilebilme*, sübjektif unsurların hakim bulunduğu öngörebilmekten daha geniş bir kavramdır. Nitekim *bilebilme* denince, sadece ileride vuku bulabilecek sonuçlar konusunda bir tahmin yürütmekle yetinilmemekte, süjenin hareketinden evvel ve onunla hemzeman olan bütün şartlar da işin içine girmektedir. Esasen, objektif olarak bilinmesi mümkün olmayan bir sonuç bakımından, hangi toplumsal tedbir kurallarının geçerli olduğunu belirlemeğe imkân yoktur. Bu nedenle taksire ilişkin sübjektif isnad, *bilinebilirlik* ve *önlenebilirlik* ölçülerine dayanmaktadır<sup>13</sup>. *Bilebilme*, öngörmeden daha geniş olduğundan öngörmeyi de kapsayacaktır. Öyle ise hekime herşeyden evvel öngörebileceği ve öngörmesi gerekli sonuçları yükleyebiliriz<sup>14</sup>.

aa. *Bilebilme*: Sonucun bilinebilmesi ölçüsünün, bazı alanlarda öğrenme görevini doğuracağı söylenmiştir. Ancak böyle bir hukuki görevin varlığından söz etmek çok zordur. Ayrıca hukuk, davranışları düzenler. Statik zihni durumların düzenlenmesi, hukukun alanı dışında kalmaktadır. Esasen bir kimseyi taksirden dolayı sorumlu tutarken, öğrenmesi gerektiği şeyi öğrenmediği için değil de, zararlı sonucun objektif olarak bilinebilir bulunmasına rağmen, somut olayda o şekilde hareket ettiği için kınamaktayız<sup>15</sup>. Taksirli sorumluluğun söz konusu olduğu yerlerde, belli menfaatleri zarara uğratmağa elverişli bir davranış karşısında bulunuyoruz demektir. Süje, (a) biçimindeki hareketin üçüncü şahıslara zarar verebileceğini biliyorsa, bu (a) hareketinden vazgeçilmesini veya bu hareketin ancak belli tedbir kurallarına uyararak icra edilmesi gerektiğini gösteren kurallar var demektir<sup>16</sup>.

Tıbbi / cerrahi müdahaleler işte bu noktada bir özellik arzemektedir. Gerçekten de, tıbbi müdahaleden doğabilecek ve objektif olarak bilinebilen zararlı sonucu önlemenin tek yolu, tıbbi müdahaleden vaz-

<sup>12</sup> Gallo, 637

<sup>13</sup> Gallo, 637-638.

<sup>14</sup> Erman, 599

<sup>15</sup> Gallo, 638

<sup>16</sup> Gallo, 638

geçmek ise ve hekim buna rağmen müdahalede bulunmuş ise ne olacaktır?

Hukuka uygun hareketlerin bir kısmı, sadece bazı özel şartların eklenmesi ile zararlı bir sonuç doğururlar. Bunun yanında, hukuk düzeninin, kolaylıkla görülebilen tehlikeleri içeren bazı faaliyetlere izin verdiği vardır. Söz konusu faaliyetler, şu veya bu biçimde gerçekleştirilmelerinden bağımsız olarak, nitelikleri itibariyle tehlike kaynağı teşkil etmektedirler. Söz konusu faaliyetler bakımından, zararlı sonucu önlemeğe en elverişli kural, bu faaliyetten kaçınılmasını emreden tedbir kuralıdır. Bu sonuç, hukuk düzeninin kendi kendisi ile çelişmesine yol açtığı için kabul edilemez. Zira bu takdirde, bir taraftan en basit tecrübe kurallarının tehlikeli olduğunu gösterdiği faaliyete izin verilmiş; diğer yandan da bundan doğabilecek zararlı sonuç bilinebilir ve o hareketten vazgeçmek sureti ile önlenebilir olduğu için faile yüklenmiş olacaktır. Hukuk kuralları, yapılmasına peşinen izin ve yetki verdikleri bir faaliyetten vazgeçilmesini, bir davranış yükümlülüğü olarak koyamazlar. O halde bu gibi faaliyetlere ilişkin alanda, kesin olarak ancak o faaliyetten vazgeçme sureti ile önlenilen sonuçlar bakımından taksirli sorumluluk söz konusu olamaz. Sorumluluk, faaliyetten vazgeçmemekle beraber, bazı özel tedbir kurallarına uymak ve faaliyeti belli biçimlerde icra etmek sureti ile önlenilecek sonuçlar bakımından ortaya çıkabilmektedir<sup>17</sup>. Bununla beraber, bazan, genel olarak tıbbi veya cerrahi müdahaleye başvurup vurmamak konusunda karar vermek gereği doğabilir. Böyle bir durumda, iyi bir sonuç elde etme ihtimalinin çok az olması dolayısıyla, hekimi, müdahaleden kaçınmağa mecbur tutamayız. Ama yine de hekim, müdahalesini, tıp mesleğinin teknik kuralları aracılığı ile haklı gösterebilmelidir<sup>17/a</sup>.

b. *Önlenibilirlik*: Taksirin varlığı için, bilinebilme unsurunun, *önlenibilirlik* unsuru ile tamamlanması gerekmektedir. Failin önlenmesi mümkün olmayan bir sonucu, kendisine yüklemeye imkân yoktur<sup>18</sup>. Tedbir kuralının belirlenmesinde önemli bir ölçü teşkil eden önlenibilirlik ölçüsü, soyut bir değerlendirmeyi gerektirir. Bu şekilde anlaşılan önlenibilirlik unsuru, zararlı davranışı önleyebilecek tedbir kuralının ne olduğunu saptamağa yarar. Ancak söz konusu unsur, somut olayda yapılan önlenibilirlik araştırmasından farklıdır. Somut bir

<sup>17</sup> Gallo, 640-641; Aynı mahiyette Montovani, 647; Sadece yasaklanmadıkları için hukuka uygun sayılan faaliyetler alanındaki tedbir kuralları, bazı özel şartlarda, o hareketten tamamen vazgeçilmesini emretmeğe kadar uzanabilirler. Örneğin sigara içmek gibi. Bk. Gallo, 641

<sup>17/a</sup> Benzer düşünce için bk. Crespì. La réson..., 883-884

<sup>18</sup> Antolisei, Manuale, 279



olayda, zararlı sonucun önlenip önlenemeyeceğini araştırmak ve her türlü tedbir kuralına rağmen önlenmesi mümkün olmayan bir sonuçtan dolayı faili sorumlu tutmamak, sübjektif unsurla değil de illiyet bağı ile ilgili bir faaliyettir<sup>19</sup>. Oysa burada önemli olan, o sonucu önlemeğe elverişli somut tedbir kuralını bulmaktır. Bunun için, soyut plânda kalıp, o alandaki objektif tedbir kurallarını araştırmamız; yani zararlı sonucu önlemek için konulmuş bulunan tedbir kurallarını bulmağa çalışmamız gerekmektedir. Bu kurallar bulunduktan sonra, her somut olayda, davranışın buna uygun olup olmadığını araştırmak gerekir. Bundan sonra da ayrıca, failin bunlara uymaması ile sonuç arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığına bakılır ki, bunun sübjektif unsurla bir ilgisi yoktur.

2) *Tıp sanatının kuralları bakımından genel ölçüler*: Bilindiği üzere, tıbbi faaliyetleri düzenleyen bu anlamda özel kanunlar yoktur. Tıbbi faaliyetin teknik kuralları tıp pratiğinden ve tıbbi işlemlerin çeşitli safhalarından (hastanın geçmişinin araştırılması, teşhis, tedavi safhaları gibi) çıkartılmaktadırlar. Tıbbi faaliyetin odak noktasının teşhis safhası olduğu genellikle kabul edilmektedir. Günümüz tıbbının özelliği, teşhis yöntemlerinin sayıca artmasıdır. Ancak tıbbi faaliyet teşhisle son bulmamaktadır. Zira ayrıca hastanın geleceği hakkında bir yargıda bulunmak da gerekmektedir. Hastanın geleceği konusunda verilen yargı da, tıbbi faaliyetin bağımsız bir anı sayılmaz. Bu yargı, teşhisin bir sonucu, gerçek anlamdaki tedavinin de belirleyici nedenidir. Öyle ise, hekimin, dikkatsizlik, tedbirsizlik, acemilik nedenleri ile kendisine yöneltebilecek bir kınamayı önleyebilmek için, yukarıda sayılan safhalarda ne gibi kurallara uyması gerektiğinin araştırılması zarureti vardır<sup>20</sup>.

Söz konusu kuralları teknik açıdan açıklamak mümkün değildir. Ama yine de, hekimin taksire dayalı cezai sorumluluğu yönünden önemli iki nokta üzerinde durmakta yarar vardır: *tedavi serbestisi-meslek hatası*.

a. *Tedavi serbestisi*: Bu ilke, hekimin, teşhis ve tedaviye ilişkin araç ve kuralları seçmede serbest olmasını ifade eder. Yani hekim bu konularda, tıp mesleğinin genellikle kabul edilen kurallarına uymak zorunda değildir. Hekim hastanın durumu ve entellektüel yeteneklerine göre en uygun gördüğü yöntemi takip etmek hakkına sahiptir. Diğer bir deyişle hekim, istisnai özel normalar bulunan durumlar ayrık kalmak üzere, istediği yöntemi seçebilir. Tıp biliminin genel ve öncelikle kulla-

<sup>19</sup> Gallo, 638, 638-639 dip not: 39

<sup>20</sup> *Crespi, Alberto: Colpa professionale del medico-chirurgo e regole dell'arte. Riv. it. dir. pen., 1954, 659*

nılan yöntemlerinin, sırf bu nedenle, tercih edilmeleri zorunluluğu yoktur. Aksi halde tıbbi faaliyetin somut şartlara uydurulması ve hastanın yapısına ve dayanıklılığına göre ayarlanması kuralı ortadan klakar. Ancak amaç, hekime, acemilik veya dikkatsizliğinden dolayı bir ayrıcalık tanımak değildir. İlkenin amacı, her hekime, kendi deneylerini ve bunlardan edindiği kanaatı uygulamak imkânını vermektir<sup>21</sup>.

Bununla beraber, belli bir tedavi yönteminin yararlılığı konusunda, genellikle doğru olarak kabul edilen görüşü paylaşmamak, tek başına, hekimi sorumluluktan kurtarmaz. Hekimi o belli tedavi ve teşhis yöntemini seçmeğe sevkeden nedenlerin, bir denetime tabi tutulması gerekir. Denetim, hekimin seçtiği yöntemlerle o hastalık bakımından genellikle kabul edilen yöntemlerin karşılaştırılması sureti ile yapılmalıdır<sup>22</sup>.

Bilim ve uygulamada ittifakla veya genellikle kabul edilen kural ve yöntemlerden ayrılan hekimin, bu tercihinin objektif nedenlere dayandırabilmesi şarttır. Örneğin belli bir hastalıkta genellikle kullanılan ilâcın, o somut hasta yönünden daha tehlikeli sonuçlar doğuracağını düşünen hekim, objektif bir nedene dayanıyor demektir. Bunun gibi, en etkili olduğu düşünülen tedaviyi, o somut olayda, ilâcın objektif etkenliğine tesir eden başka faktörler nedeni ile reddeden hekimin de, bir takım objektif gerekçeleri olduğu kabul edilmelidir. Bununla beraber, iki yöntem arasında yapılan karşılaştırma, genellikle kabul edilen tedavinin, olayın özelliklerine rağmen, hekiminkine tercih edilmesi gerektiğini gösteriyorsa, objektif ölçülere dayanan bir mesleki kusur var demektir<sup>23</sup>. Ayrıca genel ucsullardan ayrılan hekimin, seçtiği yöntemin etkilerini devamlı biçimde kontrol altında bulundurması gerekmektedir. Bu nedenle seçtiği tedavinin istediği etkiyi göstermediğini veya olumsuz etkiler icra ettiğini gören; yahut da normal bir dikkat ve ihtimamla bunu anlaması gereken hekimin, ya başka bir hekime başvurmak ya da genel usullere dönmek yükümlülüğü vardır<sup>24</sup>.

Tedavi serbestisini yeni ve tartışmalı bir tedavinin uygulanmasına kadar genişletmek mümkün değildir. Hekim böyle bir yol seçmiş ve bundan da zararlı bir sonuç doğmuş ise, bu bir çeşit mesleki kusur sayılmalıdır. Zira teknik ve bilimsel gelişim, kişilerin hayat ve sağlıklarına zarar verebilecek yöntemleri haklı göstermez<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Crespi, Colpa..., 660-661

<sup>22</sup> Crespi, La r spon..., 892

<sup>23</sup> Crespi, Colpa..., 662-663; Crespi, La r spon..., 892

<sup>24</sup> Crespi, Colpa..., 662-663

<sup>25</sup> Erman, 606

b. *Mesleki hata*: Buraya kadar yapılan açıklamalar, hekimin seçtiği yöntemin bilimsel ve klinik bir kontrole tabi tutulması gerektiğini, hekimin yöntemi ile genellikle kabul edilen yöntemin karşılaştırılmasının zaruriliğini göstermiş bulunmaktadır. Hekim seçimini objektif biçimde haklı gösteremiyorsa veya karşılaştırma genellikle uygulanan usullerin daba tercihe şayan olduğunu gösteriyorsa, artık *mesleki hata* alanına girmiş bulunuyoruz demektir. Fakat hekimin taksire dayalı cezai sorumluluğu bakımından bu yeterli değildir. Ayrıca hekimin kusurlu olması da gerekmektedir. Hekimin meslek hatasının kusurlu olup olmadığını anlayabilmek için, çoğu zaman, somut olay da nazara alınarak, sistemlerin karşılaştırılması gereği doğmaktadır. Bu konuda tıp biliminin kesin bir cevabı varsa, yargıcın işi kolaydır. Sistemlerden herhangi birisinin kesin üstünlüğü kabul edilemediği veya somut olayda sistemlerden hangisinin daha fazla başarı şansının bulunduğu saptanamadığı hallerde<sup>26</sup>, hekimin kusurlu olmadığı sonucuna varmak gerekecektir. Yani hekimin, olumsuz sonuç veren bir yöntemi seçerken dikkatsiz, tedbirsiz veya acemice hareket etmediği kabul edilecektir.

Demek ki, hekimin yanlış yöntem seçmesinden doğan taksirli sorumluluğu sorunu, bilim ve deneylerin takip edilecek yöntemi açıkça gösterebildiği hallerde kolaylıkla çözümlenebilmektedir. Nitekim kesin ve tartışmasız teşhis ve tedavi yöntemi olan durumlarda, bunlara uymayan hekim, doğan zararlı sonuçtan taksiri nedeni ile sorumlu olur. Buna karşılık seçim imânı veren olaylarda, somut olaya dayanarak kendi seçimini haklı gösterebilen hekim, doğan zararlı sonuçtan sorumlu olmayacaktır<sup>27</sup>. Zira bu takdirde faile dikkatsizlik, tedbirsizlik, acemilik, emir ve nizamlara aykırı davranmış olmak gibi bir kınama yöneltilemez. Ancak hekimin, tehlikeli bir yöntemle daha emin ve rahat bir yöntem arasında seçim yapması gerekebilir. Haklı bir neden olmaksızın ve gereksiz yere tehlikeli yöntemi seçmek, kusurluluğa yol açar<sup>27/a</sup>.

B. *Dikkatsizlik, tedbirsizlik, acemilik, emir ve nizamlara aykırılık*: Her ne şekilde olursa olsun, taksirin, yazılı hukuk kuralı olan veya olmayan davranış kurallarına aykırılıktan ibaret bulunduğu yukarıda işaret edilmişti<sup>28</sup>. Bu davranış kuralları bakımından, hukuk düzeni tarafından konulanlarla genel ve özel hayat deneylerinden çıkartılanlar arasında bir ayırım yapmak mümkün olabilmektedir. Söz konusu

Crespi. Colpa..., 663, 665-666.

... Omessa applicazione di trattamento sanitario e responsabilita per Riv. it. dir. pen., 1954, 800

bk. Gallo, 637.

kaynak farkına rağmen bunların hepsi de, belli zararlı sonuçların önlenmesi için benimsenmesi veya çekinilmesi gerekli davranışları ifade etmektedirler. Söz konusu ölçülerden dikkatsizlik, tedbirsizlik ve acemilik arasında daha da yakın bir ilişki vardır. Zira acemilik hemen her zaman bir dikkatsizlik veya tedbirsizlik olarak tezahür etmektedir. Diğer bir deyişle bu ölçüler, sadece, taksirli olanı taksirli olmayandan ayırmada önemli olmaktadır<sup>29</sup>.

Bu açıklamaların ışığı altında, konuyu, davranış kuralının kaynağına göre bir ayırım yaparak incelemek daha doğru olur.

1) *Hayat deneylerinden çıkartılan davranış kuralları:*

a) *Dikkatsizlik-tedbirsizlik*: Dikkatsizlik, genel ve ortak deneylerden veya belli faaliyetlerin bünyesinde yatan gereklerden çıkartılan dikkat kurallarının ihmalini ve bu ihmalin zararlı sonucun nedenini teşkil etmesini ifade eder<sup>30</sup>. Bu sebeple dikkatsizlik bakımından önemli olan, failin dikkati gerektiren konularda bu görevini yerine getirmemiş olması, yani gerekli dikkati göstermemiş bulunmasıdır<sup>31</sup>. Belli bir faaliyeti düzenleyen ve icabi bir davranışı emreden kural varsa, bu kuralın çiğnenmesi dikkatsizliğe vücut verir<sup>31/a</sup>. Dikkatsizlik psikolojik bakımdan, insan belliğinin bozuk işlemesi anlamına gelir. Burada, belli bir davranışa zorlayarak belleği harekete geçiren hatıralar yeterince ortaya çıkmamaktadır. Öyle ise, dikkatsizlik psişik bir hareketsizliktir. Ama dikkatsizliğin fizik bir hareketsizlik ve tembellikten doğması da mümkündür. Nitekim, bilincinde belli şekilde hareket etmek saikleri uyanan, ama yine de hareket etmeyen kişide, bilinçli bir dikkatsizlik vardır<sup>32</sup>.

Genellikle kabul edildiğinin aksine, dikkatsizlik sadece ihmali hareketlerden, yani, gerekli davranışı unutmaktan doğmaz. Bazan gerektiğinden farklı davranmak da, dikkatsizlik teşkil edebilir. Ancak bu farklı davranış, teknik kurallara aykırılık biçiminde ise, daha ziyade tedbirsizlik veya acemilik vardır. İcabi davranışın dikkatsizlik teşkil etmesi için, normal hayat kurallarının unutulması gerekir. Bu nedenle bilgisizliği sonucu kendisini dezenfekte etmeyen hekim acemi veya tedbirsiz, unuttuğu için bu gereği yerine getirmeyen hekim ise dikkatsiz sayılacaktır<sup>33</sup>. Tıbbi işlemlerde tehlikeli sonuç her zaman bi-

<sup>29</sup> Gallo, 641

<sup>30</sup> Pannain, 35

<sup>31</sup> *İçer, Kayman: Ceza hukukunda taksirden doğan cezai sorumluluk*, ...

<sup>31/a</sup> Gallo, 640

<sup>32</sup> Altavilla, 17

<sup>33</sup> Altavilla, 17; Gallo, 641

lindiğinden, dik  
mağa gerek yo-

Hastaya  
edilirken ger  
tı ile, gerek  
girişmek<sup>35</sup>, ş  
ması, ağır c

Tedbi  
lerini y  
daki c  
mā

y

ndan artık bu unsuru ayrıca ara-

(kinin yerine morfin), iğne sterilize  
ip kullanmak, illiyet bağı olmak şar-  
teyi yapmadan cerrahi müdahaleye  
gereken hastanın soğuk yerde tutul-  
<sup>36</sup> halleri dikkatsizlik sayılmıştır.  
ri ve bu hareketlerin belli biçim-  
turalları ile failin davranışı arasın-  
belli bir davranış alanındaki ihti-  
ulunmamak ya da o belli davranışı  
ek yükümlülüğünü koyuyorlarsa,

bir sonucun meydana gelmesini  
önleyebilecek nitelikteki tedbirlerin alınmaması dolayısıyla, ilke ola-  
rak ihmali bir durumun korunmasını<sup>38</sup> ifade eden tedbirsizlikte, vaz-  
geçilmesi veya başka türlü geliştirilmesi gereken bir hareket vardır<sup>39</sup>.

Tehlikeli ilaçları ortada bırakan eczacının, yapılan araştırmaların  
gösterdiği belirtilerin aksine ameliyat eden cerrahın<sup>40</sup>, hastalığın beyin  
kanaması mı yoksa beyin tıkanması mı olduğunu saptamak için gerekli  
deneyi yapmaksızın (hastanın belinden su alma) müdahaleye girişen  
hekimin hareketi ve yine vericinin hasta olup olmadığını incelemeyen  
yapılan kan ve organ aktarlamaları<sup>41</sup> tedbirsizlik olarak nitelenebilir.  
Aynı şekilde Fransız mahkemeleri, kullanma biçimine ilişkin gerekli  
açıklamaları yapmadan bazı komprimeler veren, tetanoza karşı serom  
yaptığı hastasının tepkilerini değerlendirmeyen hekimi, hastasının iç  
düzenlemeye göre ameliyattan evvel yapılması gereken anti-tetanoz  
seroma tâbi tutulup tutulmadığını araştırmayan cerrahı, tedbirsizlik-  
ten sorumlu tutmuştur<sup>42</sup>.

Tıp mesleğini icra yetkisi bulunmayan kimsenin sorumluluğu, e-  
mir ve nizamlara aykırılığa değil de tedbirsizliğe dayanır. Bu nedenle,  
hekim olmayan birinin gerçekleştirdiği tıbbi / cerrahi müdahaleden  
olumsuz bir sonuç doğduğu takdirde, herhangi bir araştırma yapmadan  
sorumluluğu sonucuna varamayız. Zira yetkili olmamak, tek başına,

<sup>34</sup> Pannain, 35

<sup>35</sup> Bk. Pannain, 35

<sup>36</sup> Bk. Bayraktar, 216

<sup>37</sup> Gallo, 637, 641

<sup>38</sup> İçel, Taksirden ..., 198

<sup>39</sup> Altavilla, 17-18

<sup>40</sup> Pannain, 37

<sup>41</sup> Bayraktar, 212 ve dip not: 43

<sup>42</sup> Panneau, 168, 169

taksirli sorumluluk için yeterli değildir. Ayrıca hekim olmayan failin, tıp tekniğinin bütün kurallarına uyup uymadığına bakılmalıdır. Çocuk doğurtma işleminde bütün mesleki tedbir kurallarına uyan süjeyi, sadece tıp sanatının icrasına yetkili olmadığına bakarak, olumsuz sonuçtan sorumlu tutmak mümkün değildir<sup>43</sup>.

b. *Meslek ve sanatta acemilik*: aa. *Açıklama*: Bir mesleğin icrası için gerekli bilgi ve teknik yeneklerin eksikliğini gösteren acemilik<sup>44</sup>, gerçekleştirilen davranışın, ilişkili bulunduğu mesleğin teknik kurallarına nisbeten yetersizliğini ifade eder<sup>45</sup>. Acemiliği dikkatsizlik ve tedbirsizlikten ayıran en önemli husus, faaliyetin belli bir meslek veya sanatın icrası alanına girmesidir<sup>46</sup>.

Acemilik psikolojik bakımdan bilmeme, hata ve yeteneksizlikten doğar. Bilgisizlik bir konu veya olgu hakkında eksik bilgiyi ifade eder. Hekimin, belli bir alanda yeni bir ilaç ve tedavi yönteminin bulunduğunu bilmemesi gibi. Doğru olmayan duyuşsal algılama veya olgunun yanlış yorumu halinde, hata vardır. Kollapstan kaynaklanan ateş düşmesini, ateşi yükselten sürecin son bulmasına bağlayan hekim hata içindedir. Yeteneksizlikte ise, yargının biçimlenmesinde değil de, bunun uygulamaya konulmasında, teknik tıp kuralları açısından bir noksanlık, yetersizlik vardır. Kesin ve doğru teşhisten sonra müdahaleye girişen cerrah, ameliyatın teknik kurallarına uyma kabiliyetini gösteremediği için bistürinin kaymasına neden olmuş ise, yeneneksizlikten gelen bir acemilik vardır<sup>47</sup>.

Acemilikten söz etmek için, süjenin bilgisizlik ve yeteneksizliğinin bilincinde olması gerekmez. Aksinin kabulü, bütün acemilik hallerinin cezasız kalması sonucunu doğurur. Bu nedenle, tıp mesleğini icraya yetkili kılınmış bir kişide bulunması gereken asgari kültürle bağdaşmayacak bir davranış, acemilik sayılır. Yeteneksizlik ve bilgisizlikten kaynaklanan acemilikte, süjenin zaten, kendi kültür ve yeteneği konusunda, bilinçsiz bir aşırı değerlendirmesi vardır. Nitekim kendi kültür ve yeteneğini aştığını bile bile bir cerrahi müdahaleye girişecek cerrahı düşünmek zordur<sup>48</sup>.

Özel yeteneğine güvenerek, varlığını bildiği bazı teknik kurallara uymayan, yine varlığından haberdar olduğu teknik kurallara tembel-

<sup>43</sup> Pannain, 34; Bk. aş. II / B / 2

<sup>44</sup> İçel, Taksirden ..., 200-201

<sup>45</sup> Gallo, 637-641.

<sup>46</sup> Caraccioli, Ivo: Colpa per imperizia, colpa per inosservanza di leggi e caso fortuito, Riv. it. dir. e proc. pen., 1959, 562

<sup>47</sup> Altavilla, 19

<sup>48</sup> Altavilla, 20

lik dolayısı ile uymayan ve nihayet söz konusu kurallara uymak zorunluğu olduğunu bilmeyen hekimin acemilikten sorumlu tutulması gerektiği iddia edilmiştir<sup>49</sup>. Ancak bu gibi hallerde, düşüncesiz ve körcesine hareket etmekten doğan bir tedbirsizliğin varlığını kabul etmek daha doğru olur<sup>50</sup>.

Bu son tesbit iki noktanın açıklanması gereğini ortaya koymaktadır: teknik bir mesleğin icrasındaki tedbirsizlik mutlaka acemiliğe dönüşür mü ? Acemilikle dikkatsizlik ve tedbirsizlik arasında nasıl bir ilişki vardır?

İlk sorunun cevabı olumsuzdur. Bir mesleğin icrası sırasında ortaya çıkan ve acemiliğe yani mesleğin teknik kurallarına aykırılığa dönüşmeyen dikkatsizlik ve tedbirsizlik hallerine rastlanılabılır. Nitekim aletlerini yeterince sterilize etmeyen cerrah, iki ayrı kimse üzerinde aynı iğneyi kullanan hekim, acemice değil de, ortak deney kurallarına aykırı hareket etmiştir<sup>51</sup>.

Bu sorun, ikinci soru ile, yani dikkatsizlik, tedbirsizlik ve acemilik ayırımının nisbiliği ile de ilgilidir<sup>52</sup>.

Acemilik bağımsız biçimde değerlendirilebilecek bir taksir şekli değildir. Diğer bir deyişle acemiliğin psikolojik yönü, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe benzemektedir. Acemiliğin özelliği, belli bir mesleğin teknik kurallarını ilgilendirmesidir. Aralarındaki asıl fark, psikolojik bakımdan değildir. Acemiliği dikkatsizlik ve tedbirsizlikten ayıran husus, buradaki tedbir kurallarının ortak deneylerden değil de, belli bir mesleğe ilişkin özel deneylerden kaynaklanmasıdır. Nitekim her meslek bakımından, ortak deneylerden kaynaklanan tedbir kuralları ile bu mesleğe özgü tedbir kuralları arasında bir ayırım yapmak mümkündür. Onardığı bir binada, diğerlerine nazaran daha az dayanıklı bir marka malzemeyi kullanan mühendis, ortak deney kurallarına aykırı davranmış yani tedbirsizce hareket etmiştir. Buna karşın, teknik kurallara uymadığı için malzemenin hesabında yanılan mühendis, acemice hareket etmiştir<sup>53</sup>. Aynı ölçüyü tıp mesleğine uyguladığımızda, acemiliğin daha ziyade, teşhis ve tedavide seçilen yöntem bakımından söz konusu olduğunu söyleyebiliriz. Teşhis ve tedavide seçilen yöntemin uygulanmaya konmasında ise, acemiliğin yanında dikkatsizlik ve tedbirsizlik de olabilir. Bu nedenle doğru bir teşhis ve tedavi yöntemi sap-

<sup>49</sup> Caraccioli, Colpa..., 563

<sup>50</sup> Düşüncesiz ve körce hareketlerin mesleki tedbirsizlik teşkil edecekleri konusunda bk. Pannain, 36-37.

<sup>51</sup> Altavilla, 23; Caraccioli, Colpa..., 565; Aksi düşünce için bk. Caraccioli, Copla..., 565.

<sup>52</sup> Bk. Gallo, 641; Bk. yuk. II / B.

<sup>53</sup> Caraccioli, Colpa..., 564; Ayrıca bk. Pannain, 38-39

tayan fakat dalgınlıkla fazla dozda ilâç yazan hekim, cerrahi müdahale sırasında yeterince sterilize edilmemiş bistüri kullanan cerrah, teşhis sırasında bazı gerekli teknik incelemeleri unutan hekim, acemilikten değil de, yerine göre dikkatsizlik veya tedbirsizlikten sorumlu olur. Teknik tıp kurallarına uymadığı için yanlış teşhis koyan hekimin de, acemi olduğu söylenebilir.

Bu örnekler yakından incelendiğinde, acemilikle dikkatsizlik ve tedbirsizliğin birbirinden ayrılmasındaki güçlük ortaya çıkmaktadır. Öyle ise, acemiliğin bir anlamda mevsuf dikkatsizlik ve tedbirsizlik olduğunu söylemek<sup>54</sup>, çok yanlış sayılmamalıdır. Nitekim bunların hepsinin zaten, bazı genel ve özel tedbir kurallarına aykırılığı ifade ettikleri unutulmamalıdır<sup>55</sup>.

bb . *Mesleki hata*: Mesleğinin normal sınırları içinde hareket eden ve bu sırada mesleğinin icrası bakımından vazgeçilmez bütün bilimsel ve pratik kavramlara sahip olduğunu gösteren bir hekim bir hata yapmış ise, bunun acemilik sayılamayacağı ve bu gibi mesleki hataların cezai sorumluluk doğurmayacağı söylenmiştir<sup>56</sup>. Burada mesleğin kurallarına uymama değil de, tıp sanatının önlenmesi mümkün olmayan eksikliklerinden kaynaklanan bir bilgisizlik vardır. Diğer bir deyişle, asgari bilgilere sahip bulunmaktan doğan bir hatadan söz edilemez<sup>57</sup>. Ayrıca kanun, bir mesleği icra edenlerin asgari bazı bilgi ve yeteneklere sahip olmasını ister. Ama bunların hepsinin aynı kültür ve yeteneğe sahip olmasını isteyemez<sup>58</sup>. Hekimin her hatasını taksirin bir biçimi sayıp, kendisini cezaen sorumlu tutmak, tedavi serbestisi ilkesini de ihlâl edecektir<sup>59</sup>.

2 . *Hukuk düzeninden çıkan davranış kuralları: emir ve nizamlara aykırılık*: Bunlar hukuk düzeninin koyduğu kurallardır. Burada davranış ile hukuk düzeninin kuralları arasında bir çatışma, aykırılık vardır<sup>60</sup>. Zararlı sonucun cezai sorumluluğa kaynak teşkil edebilmesi için, emir ve nizamlara aykırılık, tek başına, yeterli değildir. Burada genel olarak herhangi bir kurala aykırılık değil de, o zararlı sonucu önlemek amacı ile konulmuş bulunan kurala aykırı hareket söz konusudur. Herhangi bir kanun ve emre aykırılığı taksirli sorumluluk için yeterli

<sup>54</sup> Bk. Caraccioli, Colpa..., 563

<sup>55</sup> Bk. Gallo, 637-641; Bk. yuk. II / A,1 / a; B / 1

<sup>56</sup> Altavilla, 20

<sup>57</sup> Pannain, 42

<sup>58</sup> Altavilla, 20-21.

<sup>59</sup> Pannain, 44

<sup>60</sup> Gallo, 637; Bizde bunlar genellikle UHK., TŞSTIHK., HHK., TDN. gibi kaynaklarda gösterilmişlerdir.



kabul etmek, taksirin temellerine uygun düşmeyecektir. Taksirin esası, zararlı sonuçları önlemeği amaçlayan tedbir kurallarına aykırılık olduğuna göre, TCK. m. 455 ve m. 459 hükümlerinde öngörülen emir ve nizamların, o belli zararlı sonuçları önlemeğe yönelik düzenlemeler olarak anlaşılması gerekir<sup>61</sup>. Bu nedenle, kuralın doğrudan doğruya amacı konusunda tereddüt ediliyorsa, o kural ihlâl edilmese idi, o zararlı sonucun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği araştırılmalıdır. O kural ihlâl edilmese idi o zararlı sonuç meydana gelmeyecek idi ise, taksirli sorumluluğun varlığı sonucuna ulaşırız. Örneğin bir sağlık kurumunun, nöbet görevini düzenleyen iç kurallarına aykırılık, bununla ölüm arasında doğrudan doğruya bir ilişki kurulduğu takdirde, taksirli cezai sorumluluğa kaynak teşkil eder. Yani kurallara uygun nöbet tutulmadığı için, müdahalenin zamanında yapılamadığı ve hastanın ölümünün bu nedenden ileri geldiği gösterilmelidir<sup>62</sup>.

Ancak bu deneye bakarak, burada, objektif sorumluluğa benzer bir durum olduğu düşünülmemelidir. Taksirin bu biçiminde de, failde zararlı sonuca nisbeten belli bir psişik durumun aranacağı kuşkusuzdur<sup>63</sup>. Söz konusu deney, kusurluluk yargısı ile değil de, o somut normun amacını belirlemekle ilgili bir faaliyettir. Böylece o somut tedbir kuralının, o belli somut sonucu önlemeğe mi yoksa başka bir amaca mı yönelik olduğu sorusunun cevabı aranmaktadır.

Kanun ve nizamlara aykırılığın söz konusu olduğu yerlerde, TCK. m. 79 hükmü uygulanamayacağından, faili, eğer suç teşkil ediyorsa, hem o kurala aykırı hareketten hem de suç sayılan taksirli sonuçtan (TCK. m. 455, 459) sorumlu tutmak gerekecektir<sup>64</sup>.

Burada bir de, hekimin hastaya bakma serbestliği ilkesine sınır getiren TDN. m. 18 ile HHK, m. 23 üzerinde durmak gerekir. Sorun, söz konusu hükümlerdeki yükümlülüğe rağmen hastaya bakılmaması ve bunun sonucunda hastanın ölmesi halinde hekimin sorumluluğunun ne olacağıdır. TDN. m. 18 hükmünün, hekim bakımından bir yükümlülük yarattığı kuşkusuzdur. Hekimin bu hukuki görevini ihmali ile ölüm arasında illiyet bağı varsa, sorumluluk TCK. m. 476 / 2 hükmüne değil de TCK. m. 455 hükmüne dayandırılmalıdır<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Antolisei, Manuale, 278

<sup>62</sup> Pannain, 34.

<sup>63</sup> Antolisei, Manuale, 279.

<sup>64</sup> Aynı kanaat, Bayraktar, 219.

<sup>65</sup> Aynı kanaat Bayraktar., 215