

## **TIBBİ UYGULAMA HATALARI BAKIMINDAN TAKSİR- BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI**

**(KOMPLİKASYON- İZİN VERİLEN RİSK AYRIMI BAĞLAMINDA)**

*Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK\**

### **ÖZET**

Teşhis, tedavi veya sağlığın korunması maksadıyla girişilen tıbbi uygulamalar açısından, tıbbi müdahaleden kaynaklanan komplikasyonların öngörülmemesi veya komplikasyon ortaya çıktıktan sonra tespitinde veya ortadan kaldırılmasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi halinde ceza sorumluluğu ortaya çıkabilecektir.

Sağlık personeli bakımından, tıbbi uygulama hataları ya da komplikasyonlar nedeniyle ortaya çıkabilecek suç tipleri taksirle öldürme ve taksirle yaralama olup, bu suçlar yönünden manevi unsurun tespiti büyük önem taşımaktadır.

Tıbbi müdahaleler yönünden taksir-bilinçli taksir ayrımının yapılabilmesi için bazı kriterlerin belirlenmesi gerekmektedir. Bu kriterler ortaya konulmaksızın, tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği anda tıbbi müdahaleden kaynaklanabilecek olumsuz sonuçların (özellikle komplikasyonların) çoğu zaman öngörüldüğü ve bu nedenle TCK m.22/3 hükmünde düzenlenen "*öngörme*" şartının gerçekleştiğinden bahisle, sağlık personelinin doğrudan doğruya ve her durumda bilinçli taksirli hareket ettiği kabul edilemez.

**Anahtar Kelimeler:** Tıbbi Uygulama, Tıbbın Kötü Uygulanması, Ceza Sorumluluğu, Komplikasyon, İzin Verilen Risk, Yan Etki, İstenmeyen Etki, Tıbbi Taksir.

### **ABSTRACT**

Criminal liability may made up of medical practices which set about diagnosis, treatment of protection of health, If physician can't predict or deal with to complication, side effect or advers effect which are can be predictable. Therefore, physician should take pain over these circumstances.

Physician (or perpetrator) to be faced with the criminal liability which is within the murder by negligence and injury by negligence. Nonetheless, the determining of mens rea is hold key for physician's criminal liability in terms of the medical malpractice.

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Some of complication or side/advers effects can be predictable. Notwithstanding, the predictability (which is regulated Article 22/3 of Turkish Penal Code) of these adversely results are not sufficient for criminal liability in terms of the medical practice. Therefore, We should not regard to recklessness instead of medical negligence in every medical malpractices (especially in terms of complication) directly without some distinguishing criteria. Eventually, We need to some distinguishing criteria in terms of the analysing of negligence and recklessness.

**Keywords:** Medical Practice, Malpractice, Criminal Liability, Complication, Permitted Risk, Side Effect, Advers Effect, Medical Negligence, Recklessness.

## GİRİŞ

Teşhis, tedavi veya sağlığın korunması maksadıyla girişilen tıbbi uygulamaların tıbbi kurallara aykırı bir şekilde gerçekleştirilmesi, tıbbi müdahalelerden kaynaklanabilecek komplikasyonların (istenmeyen zararlı neticelerin) öngörülmemesi ya da öngörülmesine rağmen komplikasyonun tespitinde ya da ortadan kaldırılmasında tıbbi kusurun bulunması (ve ölüm ya da yaralanma neticesi ortaya çıkması) halinde ceza sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Komplikasyon öngörülmüş, zamanında tespit edilmiş ve komplikasyonun ortadan kaldırılması için gerekli tıbbi müdahale yapılmış ise, sadece komplikasyonun ortaya çıkması nedeniyle tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personelinin ceza sorumluluğundan söz edilemez<sup>1</sup>.

Tıbbi müdahale gerçekleştirilirken dikkat ve özen gösterilmemesi veya tıbbi müdahaleden kaynaklanan öngörülebilen fakat istenmeyen etkiler (komplikasyonlar) nedeniyle ortaya çıkan ölüm ve yaralanma neticeleri yönünden tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personelinin ceza sorumluluğunun tespitinde manevi unsurun ortaya konulması büyük önem arz etmektedir.

Sağlık personeli tarafından, tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği anda, bu tıbbi müdahaleden kaynaklanabilecek olumsuz sonuçlarının (veya komplikasyonların) öngörüldüğü ve bu nedenle TCK m.22/3 hükmünde düzenlenen "öngörme" şartının gerçekleştiğinden bahisle, sağlık personelinin "peşinen" bilinçli taksirli hareket ettiği kabul edilemez. Bu nedenle, tıbbi müdahalelerden kaynaklanan ölüm veya yaralanma neticeleri yönünden taksir-bilinçli taksir ayrımının yapılabilmesi için bir kısım kriterlerin ortaya konulması gerekmektedir.

Çalışmamızda, öncelikle tıbbi uygulama hatası (malpraktis-malpractice) kavramı ele alınarak, izin verilen risk ve malpraktis ayrımı ortaya konulacaktır. Bu açıklamalardan sonra, Türk Ceza Kanunu'nda (m. 22) bilinçli taksir ve taksirin ayrılmasında benimsenen "öngörme" unsurunun, tıbbi uygulama hatalarında her durumda uygulanabilir olup olmadığı ve nihayet tıbbi uygulama hataları yönünden bilinçli taksir- taksir ayrımının yapılmasında esas alınan/esas alınması gereken kriterler Yargıtay kararlarından hareketle ortaya konulacaktır.

---

<sup>1</sup> Nitekim Yargıtay da: "...Bebekte oluşan kırığın düşme neticesinde oluşmasının ihtimal dâhilinde görülmediği makat gelişi sezeryan doğumda bacaklar sırayla çıkarılırken oluşabilecek bir patoloji olduğu, bunun doğumun beklenen komplikasyonu olduğu ve sanığın kusurlu olmadığı"na karar verilmiştir. Yar. 12. CD., 05.11.2013 tarih, E. 2013/4481 ve K. 2013/24587 (Karar Yayınlanmamıştır).

## Ş.1. TIBBİ UYGULAMA HATASI (MALPRAKTİS) KAVRAMI

Malpraktis kavramı, uygulamamızda "*tıbbi uygulama hatası*", "*tıbbin kötü uygulanması*", "*tıpta yanlış uygulama*" ve "*hatalı veya yanlış tedavi*" olarak yerleşmiştir<sup>2,3</sup>. Etimolojik açıdan bakıldığında malpraktis kelimesi; "*mal*" (kötü) ve "*practice/praxis*" (uygulama) kelimelerinin birleşiminden türetilmiş Latince bir terimdir<sup>4</sup>. Sözlük anlamı itibariyle malpraktis "*Profesyonel bir meslek kapsamındaki bir hizmetin yerine getirilmesinde, bir hekim tarafından mesleğin kabul ettiği standart bilgi, beceri veya eğitim eksikliğinden kaynaklanan hata veya ihmâl sonucunda ölüm, yaralanma veya zarar ortaya çıkması*" olarak tanımlanmaktadır<sup>5</sup>. Malpraktisin temeli, tıbbi hatadır<sup>6</sup>. Hekim, şansızlıktan veya başarısızlıktan değil; haksızlıktan (tıbbi kusurdan/tıbbi uygulama hatasından) sorumludur<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Hancı, Hamit, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu (Malpraktis), 3. Baskı, Ankara 2006, s.30; Ünver, Yener, Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis- Komplikasyon Ayırımı, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, Mersin, Mersin Barosu Yayını, Ankara (tarihsiz), (Malpraktis- Komplikasyon Ayırımı) s.150; Kocatürk, Utkan, Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü, Ankara 1997, s.446; Özpınar, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi, C. 66, S.3., Y. 2008, s.92; Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2013, s.557 vd. Türkçe'deki kullanımı itibariyle malpraktis, "*kusurlu uygulama*" ve "*özen göstermeksizin veya yanlış uygulanan tedavi sonucunda ortaya çıkan, görevi kötüye kullanma anlamına gelen hukuki durum*" anlamlarını karşılamaktadır. Tanımlama için bkz. Türk Dil Kurumu Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü, [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.55447492de0d62.59474002](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.55447492de0d62.59474002) Erişim Tarihi: 02/05/2015. Çalışmamızın bütününde terim birliğinin sağlanması adına "tıbbi uygulama hatası" kavramı tercih edilmiştir.

<sup>3</sup> 21 Temmuz 2010 tarih ve 27648 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ'de (2010/1) "*tıbbi kötü uygulama*" terimi benimsenmiştir.

<sup>4</sup> Özgönül, Mustafa Levent, Türkiye'de Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata Kavramı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2010, s.8 vd.; Ünver, (Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı), s.150; Saatçioğlu, Onur Can, Amerika Birleşik Devletleri ve Japonya'daki Özel Hukuk Uygulamalarında Tıbbi Malpraktis Olgusu, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s.191. Esasen malpraktis, profesyonel bir mesleğin icrasında o mesleğin standardına aykırı her türlü davranış olduğundan, malpraktis kavramı bütün meslekler için kullanılabilen bir kavramdır. Bu yönüyle tıbbi uygulama hataları yönünden, malpraktis yerine "*tıbbi malpraktis*" kavramını kullanmak gerekir. Açıklama için bkz. Savaş, Halide, Tıbbi Müdahale Hataları, Ankara 2009, s.62.

<sup>5</sup> <http://www.merriam-webster.com/medlineplus/malpractice> Erişim Tarihi: 02/05/2015. Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları m.13'e göre malpraktis: "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulaması" anlamına gelir.*

<sup>6</sup> Gökcan, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2013, s.61.

<sup>7</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s.559, 713. Nitekim Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 13. maddesine göre: "*Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze*

Tıbbi uygulama hatasına ilişkin olarak öğretilen yer verilen tanımların ortak noktası ise tıbbi uygulama hatasının "*hekimin* (ya da tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili diğer sağlık personelinin)<sup>8</sup>, *bilgisizliği, hatalı davranışı, ihmali, ilgisizliği ya da deneyimsizliğinden*" kaynaklanmasıdır<sup>9,10</sup>. Tıbbi uygulama hatası, teşhis, tedavi veya tedavinin uygulanması sırasında<sup>11</sup> ya da tedavi bittikten sonra (komplikasyonun tıbbi hataya dönüşmesi suretiyle) ortaya çıkabilir.

Tıbbi uygulama hatası, gerçek hayatın bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>12</sup>. Hatasız bir tıbbi müdahale ideal bir standart olmakla birlikte, gerçekte bu tür bir standarda ulaşabilmek mümkün değildir<sup>13</sup>. Bu nedenledir ki, tıbbi uygulama hatasının varlığı, hekim ya da diğer sağlık personelinin ceza sorumluluğu-

---

*edilemez*". Bu nedenle "*Hekimlerin hapisine bir adım uzakta olduğu*" yönündeki sürekli tekrarlanan kaygı yerinde değildir. Deyim için bkz. Lile, Hans, Ceza Soruşturmasında Hekimin Tedavi Hataları, Çev. Kıvılcım Bilgen, Kerem Öz, Tıp/Sağlık Hukuku, Prof. Dr. Hakan Hakeri'ye Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 14, Ankara 2014, s.183.

<sup>8</sup> Birtek, Fatih, Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon Malpraktis Ayrımı, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S.5, Y. 2007, s.1999. 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a göre, doğrudan tıbbi müdahaleye yetkili kimseler, hekim, diş hekimi, dişiçi, ebe, sünnetçiler, hastabakıcı hemşireler, acil tıp teknikerleri, diş protez teknisyenleri, TSK tarafından yetiştirilen sıhiye er ve erbaşlardır. Acil tıp teknisyenlerinin hastaya müdahale yetkisi, 2/1/2014 tarihli ve 6514 sayılı Kanunun 20'nci maddesiyle 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesinde yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Yine, sağlık meslekleri ve bu mesleklerin görev tanımları, 1219 sayılı Kanun'un, Ek Madde 13 hükmünde sayılmıştır. Tıbbi müdahaleye yetkili yardımcı sağlık personeli ve ceza sorumlulukları konusunda ayrıntılı açıklama için bkz. Özkaya, Nesrin, Hekim Dışındaki Sağlık Mesleği Mensuplarının Tıbbi Uygulamalardan Doğan Sorumlulukları ve Yüksek Sağlık Şurası Tarafından Hatalı Bulunan Tıbbi Uygulama Örnekleri, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2012, s.179 vd.

<sup>9</sup> Tanımlar için bkz. Ünver, Malpraktis- Komplikasyon Ayrımı, s.151, 152.; Birtek, s.2003 vd. Sözü edilen tanımlardan bazıları ise, tıbbi uygulama hatası bakımından "zararın" bulunması gerektiğini ifade etmektedir ki biz bu görüşe katılmamaktayız. Tıbbi uygulama hatasının varlığı için mutlak surette cismani (bedeni) zarar şartının aranması yerinde değildir. Zarar şartı, tıbbi müdahaleyi (tıbbi uygulamayı) gerçekleştiren sağlık personelinin hukuki sorumluluğu açısından bulunması gereken bir unsur olup; zararın meydana gelmediği durumlarda da tıbbi uygulama hatasından söz edilmelidir. Bu açıdan, "zarar", tıbbi uygulama hatasının "*olmazsa olmaz*" bir unsuru değildir.

<sup>10</sup> Civaner, malpraktis kavramının tıp mesleğine bakışı ve meslek tatminini ve mesleğe sosyal bakışı olumsuz etkilemesi ve "suçlama kültürünü (*blame-culture*)" çağrıştırması nedeniyle bu kavram yerine "*sağlık bakımından kaynaklanan zarar (harm caused by healthcare)*" terimini önermektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Civaner, Murat, "Harm Caused by Healthcare" instead of "Malpractice", Turkish Archives of Pediatrics, Galenos Publishing, S.46, Y. 2011, p. 7.

<sup>11</sup> Gökcan, s.62, 199.

<sup>12</sup> Charles, L. Bosk, Forgive and Remember: Managing Medical Failure, 3rd Edition, Chicago-London, 2003, p.34, 37.

<sup>13</sup> Kapp, B. Marshall, Medical Error Versus Malpractice, Depaul Journal of Health Care Law, L.751, 1996-1997, p. 751, 752.

nun varlığı için yeterli olmayıp, tıbbi uygulama hatası sonucunda kanunda yer alan tipik neticenin de ihlal edilmesi gerekmektedir<sup>14</sup>.

Tıbbi uygulama hatası nedeniyle ortaya çıkabilecek suç tiplerine bakıldığında (TCK m.85, 89 vb.) bu suç tiplerinin "*zarar neticesinin*" gerçekleşmesini zorunlu kılan suçlar olduğu görülmektedir. Bu yönüyle, hekim ya da diğer sağlık personeli tarafından gerçekleştirilen tıbbi uygulama hatasının her durumda ceza sorumluluğunu gerektirdiği söylenemez. Ayrıca, tıbbi uygulama hatasından söz edebilmek için, tıbbi uygulama hatasının "*cezalandırılabilir*" veya "*ceza sorumluluğunu gerektirir*" olması gibi bir şart da bulunmamaktadır.

Öğretide, "*hatalı ya da yanlış (taksirli) tıbbi müdahaleler*" kadar; kasıtlı müdahalelerin de tıbbi uygulama hatası içerisinde ele alınması gerektiği yaygın olarak ifade edilmektedir<sup>15</sup>. Bu görüşü savunan yazarlara göre, kasten hatalı tedavi yapmak veya yapılması gereken tedaviyi kasten yapmamak da tıbbi uygulama hatası içerisinde değerlendirilmektedir<sup>16</sup>. Aksi görüş ise, tıbbi hata kavramını dar ve geniş olarak ayırmakta ve kasten işlenen suçların "*tıbbi hata*" olmadığını, aksine bu eylemler bakımından "*tıbbin suça alet edilmesi*" anlamına geldiğini ve kasıtlı eylemlerin "*tıbbi yönünün bulunmadığını*" ifade etmektedir<sup>17, 18</sup>.

<sup>14</sup> Ünver, Malpraktis- Komplikasyon Ayırımı, s.152

<sup>15</sup> Ünver, Komplikasyon- Malpraktis Ayırımı, s.156; Hancı, s.26; Öztürkler, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis-Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2003, s.6, 19 vd; Gökcan, s.203, 204. Aksi düşünceye göre ise, tıbbi müdahale bakımından "tedavi amacının" bulunması zorunludur. Görüş hakkında bkz. Hızal Arslan, Sevinç, Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayırımı, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), S.18, Nisan 2012, s.244.

<sup>16</sup> Nitekim Bakanlar Kurulu'nun 04/06/2002 tarihinde kabul ederek 24/7/2002 tarihinde TBMM'ye gönderdiği ve fakat günümüze kadar kanunlaşamayan ("kadük" olan) Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı'nın (1/1030 Esas Sayılı) 3. Maddesindeki tanımlamaya göre: "*Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumu*" tıbbi kötü uygulama olup, bu tanımlamaya göre "*kasten*" gerçekleştirilen eylemler de tıbbi kötü uygulama kapsamında değerlendirilmiştir. Tasarı'nın halihazırdaki durumu için bkz. [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_ss.ilmili\\_komisyonlar?kanunlar\\_sira\\_no=22094](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_ss.ilmili_komisyonlar?kanunlar_sira_no=22094) Erişim Tarihi: 02/05/2015. (TBMM'nin halka açık kaynaklarından sözü edilen Tasarı'nın metnine ulaşılamamıştır.)

<sup>17</sup> Ersoy, Yüksel, Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.53, Y. 2004, s.167. Hakeri'ye göre, daha az masraflı olduğu için riskli ve başarı şansı daha az bir tedavi yönteminin uygulanması durumunda da hekim kasten hareket etmiş olur ve bu eyleminden dolayı sorumludur. Açıklama için bkz. Hakeri, Hakan, Hekimlerin Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, Mersin, Mersin Barosu Yayını, Ankara (tarihsiz), s.65. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, hekim tedavi yöntemini seçmek konusunda özerk olup, önemli olan seçilen yöntemin ne olduğu değil, tıbbi ve bilimsel bir yöntem olup olmadığı ve bu yöntemin icrasında dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılıp davranılmadığıdır. Açıklama için bkz. Ünver, Yener, "Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku", Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Meslek Mensuplarının Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s.80 (Tıbbi Malpraktis).

Kanaatimizce, hekim ya da diğer sağlık personelinin kasten gerçekleştirdiği her eylemin dar ya da geniş anlamda tıbbi uygulama hatası olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Yapılması gereken bir tedaviyi kasten yapmamak veya uygulanması gereken bir ilacı kasten zamanında uygulamamak gibi davranışlar tıbbi uygulama hatası olarak değerlendirilemez. Yine, kasten icrai davranışla işlenen eylemler ya da tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından bir ya da birkaçının bulunmadığı durumlarda (Örneğin; yetkisiz personelin tıbbi müdahalede bulunması, -zorunluluk hali hariç- hastanın rızası (aydınlatılmış onamı) bulunmaksızın tıbbi müdahalede bulunulması ya da endikasyon bulunmaksızın menfaat temin edebilmek için tıbbi müdahalede bulunulması) tıbbi uygulama hatasından söz edebilmek mümkün değildir.

Hekimin suç kastıyla gerçekleştirdiği eylemin, tıp bilimi ve mesleğinin bilimsel görüş ve uygulamalarına aykırı düştüğü nazara alındığında, hekim tarafından gerçekleştirilen eylemi tıp bilimi ve mesleğinin sınırları dâhilinde kabul edebilmek mümkün değildir.

Örneğin; hastaya kasten zarar veren veya gerekmediği halde (endikasyon yokluğu) sırf maddi kaygılarla hastayı ameliyat eden bir hekimin eyleminin tıp bilimi ve mesleği içerisinde kabul edebilmek mümkün değildir. Bu türden eylemler, tıbbın suça alet edilmesinden başka bir anlam taşımadığı gibi, "tıbbi hata" kavramının özüne de aykırıdır<sup>19</sup>.

Amerikan Hukuku'nda da, zarar verme kastıyla ya da maddi bir çıkar amacıyla gerçekleştirilen "sıradışı" eylemler, tıbbi kusur (negligence) olarak değil "suç sayılan eylem" (suç sayılan kusur-criminal negligence) olarak nitelendirilmektedir<sup>20,21</sup>.

<sup>18</sup> Dünya Tıp Birliği (World Medical Association) tarafından 1992 yılında İsyanya'da yapılan 44. toplantıda malpraktis kavramı şu şekilde tanımlanmıştır (m 2/a): "Tıbbi malpraktis, hekimin hastanın tedavisi konusunda, tedavi standardına uygun hareket etmeyerek, beceri eksikliği veya taksir (negligence) nedeniyle hatalı davranması ve bu nedenle hastada doğrudan bir zarar meydana gelmesidir.". Bu tanımda da görüleceği üzere, bilgi, beceri eksikliği ve dikkatsizlik ve özensizlik tıbbi malpraktis olarak kabul edildiği halde, hastaya zarar vermek kastıyla (suç kastıyla) gerçekleştirilen eylemler tıbbi malpraktisin tanımı dışında tutulmuştur. Toplantı sonuç bildirgesi için bkz <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/20archives/m2/index.html> Erişim Tarihi: 02/05/2015

<sup>19</sup> Hata'dan kast edilen TCK m.30 anlamında ceza hukukunda kusurluluğu kaldıran/azaltan "hata" hali olmayıp, bilgisizlik, deneyimsizlik veya dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle bir işin gereği gibi yapılmamasıdır. Gökcan, hata kavramının lügat karşılığının "bozukluk, yanlışlık, eksiklik ve kusur" olduğunu ve kasttan ziyade taksiri çağrıştırdığını belirtir de, kasten gerçekleştirilen eylemlerin de hata olduğunu kabul etmektedir. Açıklama için bkz. Gökcan, s.203. Oysa bizim savunduğumuz görüş, hata kelimesinin sözlük anlamından öte, tıp bilimi ve mesleğinin özünde yer alan kurallarına dayanmaktadır.

<sup>20</sup> Harris, Curtis E., Medical Malpractice Survival Handbook, ACLM, 2007, Mosby/ Elsevier Publiser, p. 3; U.S. Congress, Office of Technology Assessment, OTA-H-602, Washington 1994, p. 167.

Her ne kadar Hipokrat Yemini'nde yer alan: "*Yeteneğim ve yargım doğrultusunda hastama tedavi uygulayacağım, ama asla onu incitip yanlış bir hareketle bulunmayacağım*" biçiminde anlamını bulan "*yararlı olmak*" ve "*hastaya zarar vermekten kaçınma*" ilkeleri kapsamında<sup>22</sup>, hekimin (ya da diğer sağlık personelinin) kural olarak suç kastıyla değil de, hastaya yarar sağlamak amacıyla eylemde bulunduğu kabul edilse de; istisnaen de olsa sağlık personelinin "*suç kastıyla gerçekleştirdiği*" icrai ya da ihmali eylemlerin tıbbi hata (medical error)<sup>23</sup> ya da tıbbi uygulama hatası (malpraktis) olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

## Ş.2. KOMPLİKASYON VE İZİN VERİLEN RİSK KAVRAMLARI VE BU KAVRAMLARLA TIBBİ UYGULAMA HATASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Kompleks bir biyolojik yapıya sahip olan insan bedeni üzerindeki tıbbi müdahaleler; bilinen ve tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği ülkede mevcut olan

<sup>21</sup> Her ne kadar Öztürkler, Amerikan Hukuku'nda kasıtlı eylemlerin de tıbbi uygulama hatası kavramı içerisinde mütalaa edildiğini ifade etse de, biz araştırmamızda Amerikan Hukuku bakımından kasten (zarar verme veya bir suç işleme kastıyla) gerçekleştirilen – olağan olmayan, sıradışı eylemlerin- tıbbi uygulama hatası olmayan- suç sayılan kusur (criminal negligence) olarak değerlendirildiği sonucuna ulaşmış bulunmaktayız. Aksi yönde bkz. Öztürkler, s.20 vd.

<sup>22</sup> Özgönül, s.31. Gökcan bu ilkeyi, "*zarar verme yasağı*" olarak adlandırmaktadır. Açıklama için bkz. Gökcan, s.237. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 11. maddesine göre de: "*...Tedavinin tatbik edilebilmesi için hastaya faydalı olacağı ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutlak tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağı muhtemel bulunması şarttır.*" Nitekim Yargıtay da, "*...Hastanın komplikasyon riski daha düşük daha az invazif alternatif cerrahi tedavi yöntemleri hakkında bilgilendirildiğine/avdınlatıldığına dair herhangi bir tıbbi kayda rastlanmadığını, katılan tarafından imzalanmış 27.12.2008 tarihli onam belgesi içeriğinde de bu yönde herhangi bir bilgi bulunmadığını mütalaa etmesi, katılan ve tanık M. A.'un, sanığın ameliyat olunmadığı halde felç olma durumundan bahsettiğine dair ifadeleri ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında sanığın, katılanı gerçekleştireceği ameliyatın risk ve sonuçları konusunda yeterli şekilde bilgilendirmediği, dolayısıyla sanığın aldığı savunduğu rızanın geçerli olmadığı, zira rızanın ancak tıbbi uygun teşhis ve tedavi uygulanması şartıyla eylemi hukuka uygun hale getireceği, somut olayda ise sanığın teşhis ve uyguladığı tedavinin tıbbi uygun olmadığına 4.11.2011 tarihli bilirkişi heyet raporuyla Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu'nun 18.2.2013 tarihli raporunda açıkça ortaya konulduğu anlaşıldığından sanığın mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi*"ni bozma nedeni yapılmıştır. Yar. 12. CD., 20.1.2015 tarih, E. 2014/7841 ve K. 2015/710.

<sup>23</sup> Tıbbi hata çeşitleri konusunda sınıflandırma ve ayrıntılı açıklama için bkz. Özgönül, s.11 vd. Nitekim Harris'e göre, olağan anlamıyla malpraktis taksir (ordinary negligence) anlamına gelir ve bilinçli taksirli (recklessnes) eylemler ile kasten gerçekleştirilen eylemler malpraktis kavramı içerisinde değerlendirilemez. Açıklama için Harris, E. Curtis, "Negligence" in The Medical Malpractice Survival Handbook, American College of Legal Medicine, Mosby Elsevier, Philadelphia 2007, p. 168; kasten gerçekleştirilen eylemlerin tıbbi hata olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki açıklama için bkz. Kapp, p. 754, 755.



standarda<sup>24</sup> uygun bir şekilde yapılmış olsa da, bir kısım olumsuz (istenmeyen) sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Ancak, tıbbi müdahale sonucunda insan bedeni üzerinde ortaya çıkan her olumsuz sonuç, her durumda tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekim ya da diğer sağlık personelinin ceza sorumluluğunu gerektirmez.

Çalışmamızın bu bölümünde komplikasyon ve izin verilen risk kavramları açıklanarak; komplikasyon ve izin verilen risk ile tıbbi uygulama hatası arasındaki ilişki ortaya konulacaktır.

## I. Komplikasyon

Kelime anlamı itibarıyla komplikasyon (complication): "*Bir hastalığın devamı sırasında oluşan başka patolojik olaylar veya hastalıklar*" olarak tanımlanmaktadır<sup>25</sup>. Tıbbi bir terim olarak komplikasyon ise: "*Bir hastalığa ve duruma bağlı olarak veya bu hastalık ya da durumdan bağımsız bir şekilde ortaya çıkan ikincil (ek) bir hastalık ya da durum*" anlamına gelmektedir<sup>26</sup>.

Komplikasyon kavramı öğretilerde: "*Hastanın ya da doktorun elinde olmadan gelişen, istenmeyen gelişmeler*"<sup>27</sup>, "*Her türlü tedbir alınmasına rağmen ortaya çıkmasından kaçınılamayan zarar*", "*Bilinen metodlarla önceden tahmin edilemeyen ve/veya kontrol edilemeyen durumlar*"<sup>28</sup>, "*Tıp bilimi ve mesleğinin verilerine uygun davranılmasına ve ortaya çıkmaması için gereken önlemler alınmasına karşın, tıbben benzer girişimlerde meydana gelme olasılığı kabul edilen riskler*"<sup>29</sup> olarak tanımlanmaktadır.

Hekim ya da diğer sağlık personelinin insan bedenine her dokunuşu bir risk ortaya çıkarır<sup>30</sup>. Riskin gerçekleşmesi ya da diğer bir deyişle "*riskin zarara dönüşmesi*" halinde sağlık personelinin ceza hukuku yönünden sorumsuz olduğu

<sup>24</sup> Bir ülkedeki tıbbi standardın ne olduğu yine tıp bilimine göre tespit edilecektir. Açıklama için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.543 vd.; Sarp, Nilgün, Hekimin Tıbbi Özen Yükümlülüğü, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Kasım 2013, Lefkoşa, Ed. Nilgün Sarp, Cahid Doğan, s.48; aynı yönde bkz. Koca, Mahmut, Hekimin Taksirli Fiillerinden Doğan Cezai Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ed. Cem Baygın, Metin Uçar, Yusuf Büyükkay, s.100.

<sup>25</sup> TDK, Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü, [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bilimsanat&view=bilimsanat](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&view=bilimsanat) Erişim Tarihi: 02/05/2015

<sup>26</sup> <http://www.merriam-webster.com/medlineplus/complication> Erişim Tarihi: 02/05/2015; Bilge, Yaşar, Adli Bilimler Sözlüğü, Ankara 2002, s.165.

<sup>27</sup> Ünver, Komplikasyon- Malpraktis Ayrımı, s.154.

<sup>28</sup> Civaner, p. 8.

<sup>29</sup> Gökcan, s.62, 63. Gökcan'a göre komplikasyon, kişinin sağlığı bakımından tıbbi girişimin gerekli görülmesi nedeniyle "*göze alınan*" veya bu nedenle izin verilen risklerdir. Açıklama için bkz. Gökcan, s.235.

<sup>30</sup> Kapp, s.751.

peşinen söylenemez. Ceza sorumluluğu yönünden önemli olan, riskin öngörülebilir ve/veya engellenebilir olup olmadığı ve risk ortaya çıktıktan sonra (riskin zarara dönüşmemesi için veya zararın azaltılabilmesi için) gerekli tıbbi dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediğidir.

Nitekim konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre: "...Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 12.05.2010 raporunda ve Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'nun 19.01.2012 tarihli raporlarında, ölene konan bel fitiği teşhisinin, ameliyat kararı ile öncesi yapılan tetkik ve hazırlıklarının tıbben uygun olduğu, bel fitiği ameliyatlarında çalışma sahasına yakın yer olan vasküler yapılara yakın komşuluk içinde olunmasından dolayı bu tür ameliyatlarda damar yaralanmalarının görülebilen bir komplikasyon olarak kabulü gerektiği, erken fark edilip hemen müdahale edilmesinin ve yapılan tüm işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu mütalaa edilmiş ise de, 26-29 Mayıs 2009 tarihli Yüksek Sağlık Şurası raporunda, sanık doktorun gerçekleştirdiği bel fitiği ameliyatındaki özensizliği nedeni ile batın içi büyük damarda yaralanmaya ve iç kanamaya, bunun sonucu olarak da hastanın ölümüne neden olan böbrek yetmezliğine sebebiyet verdiği, gerek ameliyat sırasındaki özensizliği, gerekse de ameliyat sonrası hastasını takip ve tedavisinde gerekli özeni göstermemesi nedenleri ile sanığın kusurlu olduğunun belirtilmesi karşısında, bilirkişi incelemelerin bağlayıcı olmayıp, delilleri değerlendirme araçlarından biri olması, bu kapsamda raporlar arasında hiyerarşik bir durumdan da bahsedilmeyip, değerlendirmede somut olaya ve bilimsel verilere uygunluk ölçüsüyle hareket edilebileceği anlaşılmalı, sanığa kusur izafe eden Yüksek Sağlık Şurası raporunun oluş ve dosya kapsamına uygun olduğu, bu raporda da belirtildiği üzere, sanığın gerek ameliyat esnasındaki, gerekse de ameliyat sonrasındaki kusurlu davranışlarının hastanın ölümüne neden olduğu, sanık doktorun işlemlerinin tıbbi standartlara uygun olmadığı ve ölümün komplikasyon olarak değerlendirilemeyeceği, komplikasyonun ancak tıbbi standartlara ve kurallara uygun bir tıbbi tedavi halinde söz konusu olabileceği, bu nedenlerle sanığın dosya kapsamına uygun olan Yüksek Sağlık Şurası raporuna dayanılarak mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerçeklerle beraatine karar verilmesi, isabetsiz..."dir<sup>31</sup>.

Risk öngörülebilir veya önlenemez değil ise, tıbbi kusurdan söz edilemez<sup>32</sup>. Yine, istenmeyen her zararlı sonuç komplikasyon olarak nitelendirilemez<sup>33</sup>. Bu nedenle, "öngörme" temelinde şu durumların komplikasyon kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği belirtilmiştir: "Hiç öngörülemeyen durumlar", "öngörülen

<sup>31</sup> Yar. 12. CD., 06.11.2013 tarih, E. 2013/16133 ve K. 2013/24707 (Karar Yayınlanmamıştır).

<sup>32</sup> Polat, Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara 2005, s.32.; Gökcan, s.202.

<sup>33</sup> Gökcan, s.239.

ve fakat önlem alınamayan (engellenemeyen)" durumlar, "öngörülen ve fakat göze alınmış durumlar"<sup>34</sup>, "öngörülebilir ve önlemi alınmış durumlar"<sup>35</sup>.

## II. İzin Verilen Risk (Permitted Risk)

Öğretide yer verilen görüşlerin çoğunluğuna göre, "komplikasyon" ile "izin verilen risk/ kabul edilebilir risk", "istenmeyen yan etki" kavramları aynı anlama gelmektedir<sup>36</sup>. Bu görüşlerin ortak noktası; komplikasyonun hukukun izin verdiği risk alanında olduğudur. Hatta bir görüşe göre, "izin verilen risk" kavramı, "komplikasyon" kavramının hukuktaki karşılığıdır<sup>37</sup>.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, komplikasyon ile izin verilen risk kavramları eş anlamlı olmadığı gibi, izin verilen risk kavramı da komplikasyon kavramının hukuktaki karşılığı değildir<sup>38</sup>. Tıbbi müdahale sonrasında gerçekleştirilen komplikasyonlar peşinen ve bütün olarak izin verilen risk kapsamında kabul edilemez. Aşağıda açıklanacağı üzere, bir kısım komplikasyonlar (komplikasyon ortaya çıkmadan ve/veya komplikasyon ortaya çıktıktan sonra gerekli tıbbi müdahale yapılmış ise) izin verilen risk kapsamında iken; bir kısım komplikasyonlar izin verilen risk kapsamında olmayıp, hekim veya diğer sağlık personelinin ceza sorumluluğunu gerektirebilmektedir.

İzin verilen risk, elastiki ve geniş bir kavram olup, hak-haksızlık, toplumsal uygunluk ve toplumsal mutabakat, hareket, fiil ve fiil çokluğu, tipiklik, hukuka aykırılık, kusurluluk, nedensellik, sorumluluk konularını ilgilendiren bir çizgi-

<sup>34</sup> Gökcan'a göre bu hal, "meydana gelme olasılığına karşın, uygulanacak yöntemin sağlayacağı yararlar karşısında tıbbi girişimin hukuken göze alınması" olup, bu durumda hekimin eylemi tıbbi hata olarak kabul edilemez. Açıklama için bkz. Gökcan, s.237. Başka bir çalışmamızda da belirttiğimiz üzere, "hekimin uygulayacağı tıbbi müdahale ne kadar zorunlu ise, bu eylemden kaynaklanan komplikasyonların (gerekli dikkat ve özen gösterilmiş ise) izin verilen risk kapsamında değerlendirilmesi de o denli gerekli olacaktır." Birtek, s.2002. Ancak, Ünver'in de haklı olarak belirttiği üzere, "...Eğer, hasta açısından aynı iyileşme neticesine daha az tehlikeli bir tıbbi müdahale ile de ulaşmak mümkün iken, daha tehlikeli bir tıbbi müdahale yöntemi seçilip, uygulanmışsa doktorun davranışı izin verilen risk alanı dışındadır ve fiil hukuka aykırıdır." Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s.189, 195. (İzin Verilen Risk)

<sup>35</sup> Yayıcı, Nesime, Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 24-25 Nisan 2008, s.33. "Öngörme" unsuru bakımından aşağıda münhasır bir başlık altında açıklamada bulunulacağından, "öngörme"nin ceza sorumluluğuna etkisi konusu burada tartışılmamıştır.

<sup>36</sup> Çolak, Ahmet, Nöroşirujide Malpraktis, Türk Nöroşiruji Dergisi, 12: 94-98, Yıl. 2002, s.96; Civaner, s.8; Özgönül, s.10; Gökcan, s.235, 237; Aktay, Göknur/ Hancı, Hamit/ Balseven, Aysun, İlaç Etkileşimleri ve Hekim Sorumluluğu, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi (STED), C. 12, S.7, Y. 2003, s.264.

<sup>37</sup> Çolak, s.96. Karşı yönde bkz. Ünver, Komplikasyon- Malpraktis Ayrımı, s.66.

<sup>38</sup> Ünver, Tıbbi Malpraktis, s.66.

dedir<sup>39</sup>. İzin verilen risk öğretisi, esas olarak, hukuki yarar açısından tehlike veya zarar yaratmaksızın icraları imkânsız olmasına rağmen, yapılmalarından vazgeçilemediği için, hukuken yasaklanamayan hareketleri ihtiva eden bazı alanların olduğu düşüncesinden hareket etmektedir<sup>40</sup>.

İzin verilen riskin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte; izin verilen riskin, "*kendine özgü bir hukuka uygunluk sebebi*", "*çeşitli hukuka uygunluk sebepleri arasında ortak bir yapı*", "*kusurluluğu kaldıran bir sebep*", "*tipikliği kaldıran bir sebep*" olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır<sup>41</sup>.

Tıbbi müdahalelere izin verilen risk penceresinden bakıldığında, hareketin (tıbbi müdahalenin) tipik olmakla birlikte, bu hareketin; "*toplumsal açıdan hukuka uygun olup, suç ile korunan hukuki yararı ihlal etmediğinden*"<sup>42</sup> "*haksızlık*" olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılabilir<sup>43</sup>. Hatta Roxin'e göre izin verilen risk, "*suç tipini ve böylece objektif tipikliğe isnadiyeti ortadan kaldıran bir faktördür*"<sup>44,45</sup>.

Kanaatimizce "*izin verilen risk*" her somut olay ve eylem bakımından ayrı bir biçimde ele alınmalı ve her somut olayda izin verilen riskin cezalandırılma sebebi ortaya konulmalıdır. Sosyal yaşamdaki tehlikeli (ve vazgeçilemez) eylemlerin mahiyeti ve değişkenliği, izin verilen risk kavramının hukuki esasının da değişmesine neden olmaktadır.

Tıbbi müdahale sonrasında meydana gelen komplikasyonların izin verilen risk kapsamında kalıp kalmadığı (komplikasyon nedeniyle ceza sorumluluğunun söz konusu olup olmadığı) her somut olayda ayrıca ele alınmalıdır<sup>46</sup>.

<sup>39</sup> Ünver, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s.67. (İzin Verilen Risk)

<sup>40</sup> Ünver, İzin Verilen Risk, s, 7, 11.

<sup>41</sup> Görüşler için bkz. Ünver, İzin Verilen Risk, s.68 vd.; Heinrich, s.149 vd.

<sup>42</sup> Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.69., Y. 2007, s.83

<sup>43</sup> Heinrich, Heinrich, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Ed. Yener Ünver, Ankara 2014, s.342. Ünver, İzin Verilen Risk, s.67; Koca, s.100.

<sup>44</sup> Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 18, No. 1'den nakleden, Kangal, Zeynel T., Varsayılan Rıza, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV., Y. 2011, S.4, s.231, dn. 32. Aynı yönde bkz. Heinrich, s.149 vd; Ünver, İzin Verilen Risk, s.65; Gökcan, Hasan Tahsin, Ceza Hukukunda Güven İlkesi ve Trafik ve Tıp Hukukunda Uygulanması, Yargıtay Dergisi, Ocak- Nisan 2012, s.8 (Güven İlkesi).

<sup>45</sup> Heinrich'e göre izin verilen risk özel bir hukuka uygunluk nedenidir. Açıklama için bkz. Heinrich, s.339 vd. Kangal ise, varsayılan rızanın, izin verilen riske dayanan kanun üstü bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşünden hareketle Kangal'ın, izin verilen riski de dolaylı olarak kanun üstü bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul ettiği sonucuna ulaşılabilir. Açıklama için bkz. Kangal, s.232.

<sup>46</sup> Tıbbi müdahaleler açısından izin verilen riskin hukuki esası ve bu konudaki teorilerin değerlendirilmesi konusunda ayrıntılı açıklama için bkz. Ünver, İzin Verilen Risk, s.188 vd.

Kompilasyonun izin verilen risk kapsamında olup olmadığı ve izin verilen risk nedeniyle ceza sorumluluğunun ortadan kalkıp kalkmaması (ve kalkıyor ise hangi hukuki esasa dayandığı) şu ihtimallere göre açıklanabilir:

İlk ihtimale göre, tıbbi müdahalede gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen komplikasyon hiç öngörülememiş ise, "*öngörmenin*" yokluğu nedeniyle, izin verilen risk; tipikliğin subjektif unsuruna (taksir biçimindeki manevi unsura) etki eden bir sebep ve "*eylemin tipikliğini ortadan kaldıran bir hal*" olarak karşımıza çıkacaktır.

İkinci ihtimalde, komplikasyon öngörülmüş ve nihayet komplikasyona rağmen (hastaya fayda sağlamak maksadıyla zorunlu olarak) tıbbi müdahalede bulunulmuş ise, bu durumda da "*izin verilen risk*" illiyet bağı ile ilgili olup, "*riskin azaltılması*" olarak karşımıza çıkar ve bu durumda da, "*zararlı neticenin faile objektif olarak isnad edilmesini engelleyen bir sebep (objektif isnadiyeti engelleyen bir sebep)*" olarak kabul edilmelidir<sup>47</sup>.

Üçüncü ihtimalde ise, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle komplikasyon öngörülmemiş fakat, komplikasyon ortaya çıktıktan sonra gerekli dikkat ve özen gösterilerek komplikasyonun zararlı sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ya da azaltılmasına çalışılmış ve bunda da başarılı olunmuş ise; ölüm ya da yaralanma biçiminde bir zararlı netice ortaya çıkmamış ise, -tipik netice meydana gelmediği için- failin ceza sorumluluğu söz konusu olmadığı için, izin verilen riskin de failin ceza sorumluluğu üzerine bir etkisi olmaz.

Bu bağlamda, ancak tıbben ve hukuken gerekli koşulların tümüne uygun olarak yapılmasına rağmen yine de kötü bir sonuçla karşılaşılması komplikasyon olarak tanımlanabilir ve bu türden kötü sonuçlar nedeniyle ceza sorumluluğundan söz edilemez<sup>48</sup>.

Öngörülemeyen ve önlenemeyen ya da bütün tedbirlerin alınmasına rağmen ortaya çıkmasına engel olunamayan istenmeyen olumsuz sonuçlar nedeniyle, tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personeli yönünden ceza sorumluluğundan söz edilemez.

Kanaatimizce komplikasyon nedeniyle hekimin ceza hukuku açısından sorumsuzluğunun kabul edilebilmesi için şu şartların bir arada bulunması gerekmektedir: Tıbbi müdahale tıbbın o ülkede eriştiği standarda uygun yapıl-

<sup>47</sup> Hakeri'ye göre, riskin azaltıldığı durumlarda zorunluluk hali de sözkonusu olabilir. Açıklama için bkz. Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2014, s.175, dn. 212. (Genel Hükümler)

<sup>48</sup> Ünver, Tıbbi Malpraktis, s.62

malı<sup>49</sup>, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğuna ilişkin diğer şartlar sağlanmalı (yetkili sağlık personeli, endikasyon, aydınlatılmış onam, dikkatli ve özenli tıbbi müdahale) kötü sonuç öngörülemez veya öngörülse dahi engellenmesi mümkün olmamalı, komplikasyon ortaya çıktıktan sonra, komplikasyonun tespitinde, ortadan kaldırılmasında ya da kötü sonuçlarının hafifletilmesinde gerekli tıbbi dikkat ve özen gösterilmiş olmalıdır<sup>50</sup>. Hekim müdahalenin yapıldığı ana ve bu andaki bilimsel standartlara göre; bilmesi gerekeni "*bilmek*" ve yapması gerekeni de "*yapmak*" yükümlülüğü altındadır<sup>51</sup>.

Kanaatimizce, ancak gerekli dikkat ve özen gösterilerek gerçekleştirilen bir tıbbi müdahale neticesinde, olası zararlı (olumsuz) sonuçların öngörülmesi ve bunlara karşı tedbir alınması ve fakat buna rağmen olumsuz zararlı sonuçların engellenemediği ve/veya ortadan kaldırılamadığı durumlar "*izin verilen risk*" kapsamında kabul edilebilir. Bu yönüyle, tıbbi müdahaleler açısından izin verilen risk, "*ceza hukuku yönünden sorumluluk doğurmayan komplikasyonları*" karşılamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, tıbbi müdahaleler bakımından izin verilen risk, komplikasyonların tamamını değil, sadece bir bölümünü ve "*cezalandırılmayan komplikasyonları*" ifade etmektedir<sup>52</sup>.

Tıp pratisyenlerinin (uygulamacılarının) kabul ettiğinin aksine<sup>53</sup>, izin verilen risk kavramı dikkat ve özen yükümlülüğünden (taksirden) doğan sorumluluğu bertaraf eden bir kavram değildir. Bu nedenle, tıp kurallarının bir riski

<sup>49</sup> Hakeri'nin bizim de katıldığımız görüşüne göre, tıbbi standart "*müdahalenin yapıldığı ana*" göre (ex- ante) belirlenmelidir. Açıklama için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.545; aynı yönde bkz. Koca, s.106.

<sup>50</sup> Nitekim adli tıbbi yönüyle de, "*Komplikasyon; zamanında fark edilmez, fark edilmesine rağmen gerekli önlemler alınmaz ise, fark edilip önlem alınmasına rağmen bu önlemler yerleşmiş standart tıbbi girişim olarak değerlendirilmez ise malpraktise dönüşür.*" Çelik, Faik, "Komplikasyon", Tıp Hukuku Atölyesi-I, Akyıldız, Sunay/Hakeri, Hakan/ Çelik, Faik/ Somer, Pervin, Ankara 2013, s.78 vd.

<sup>51</sup> Ünver, Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı, s.166.

<sup>52</sup> Ünver, Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı, s.66.

<sup>53</sup> Hakeri'nin değerlendirmesine göre: "*...(T)ıp mesleği mensupları tıbbi müdahale nedeniyle oluşan her türlü olumsuz sonucu komplikasyon olarak adlandırmaktadır. Halbuki hukukçular, ancak bu sonuçların meydana gelmesinde sağlık çalışanına yüklenebilecek bir kusur varsa komplikasyonu kabul etmemektedir.*" Açıklama için bkz. Hakeri, Hakan, Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı, Toraks Cerrahisi Bülteni, C. 5, Y. 2014, s.25. Kanaatimizce –teknik olarak- sadece hekime kusur yüklenebilecek haller komplikasyon olarak nitelendirilemez. Bir (zararlı) sonucun komplikasyon olması ile bu komplikasyondan dolayı hekim ya da diğer sağlık personelinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı birbirinden farklı olup, ceza sorumluluğunun varlığı, komplikasyon kavramını farklı anlamlandırmak konusunda bir gerekçe olarak kabul edilemez. Bu yönüyle, cezalandırılabilen-cezalandırılmayan komplikasyon ayrımı yapmaksızın (hatta bu ayrımı ortadan kaldıran), her türden komplikasyonun tıbbi kusur olduğu yönündeki bu kabule iştirak etmemektir.

kabul etmesi, tek başına bu riske hukukun izin verdiği anlamına gelmez<sup>54</sup>. Bu açıdan bakıldığında, izin verilen riskin, hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünü sınırlandırmada bir ölçüt olarak göz önünde bulundurulması gerektiği de söylenebilir<sup>55</sup>.

İzin verilen risk, taksirli eylemi sorumsuz bırakan değil, aksine cezalandırılan ve taksirin bulunmadığı durumlarda, (öngörülemeyen ve/veya önlenemeyen ya da gerçekleşme riski bilinmesine karşılık gerekli tüm önlemler alınmasına karşın) meydana gelen riskleri hukuksal yaptırım uygulama alanından çıkarılmaktadır<sup>56</sup>.

İzin verilen riskin ön koşulu, taksirli davranmamak ve özenli davranışın yol açabileceği riskleri önleyici veya asgariye indirici ya da doğduğunda zarar veya tehlike neticesini mümkün olduğunca yapılacak müdahaleyle izale etmek için gerekli ve teknik güvenlik normlarının zorunlu kıldığı önlemleri almaktır<sup>57</sup>. Komplikasyonun ortaya çıkmasında ya da komplikasyonun tespit edilmesinden sonra gerekli tıbbi müdahalenin yapılmasında hekim ya da diğer sağlık personelinin taksir derecesinde dahi kusuru bulunmuyorsa, bu halde ortaya çıkan zararlı sonuç hukukun izin verdiği risk kapsamında kabul edilebilir.

### III. Komplikasyon ve İzin Verilen Riskin Tıbbi Uygulama Hatasına Dönüşmesi

Hekimler arasındaki yaygın ve yanlış kabule göre "*komplikasyon var ise hekim hatasından söz edilemez*"<sup>58</sup>. Bu yaklaşım, hekimlik mesleğinin icrası sırasında ortaya çıkan her türlü komplikasyonu "*hukukun izin verdiği risk*" ya da "*kanun üstü bir hukuka uygunluk sebebi*" olarak kabul etme sonucunu doğurur ki, bu sonuç hatalıdır. Bu nedenle, komplikasyon nedeniyle hekimin hatasının olmadığını benimseyen "*peşin*" ve "*götürü*" bir yaklaşım hukuken kabul edilebilir bir yaklaşım olmadığı gibi, ceza sorumluluğunun esası olan "*kusur*" prensibi ile de uyumlu değildir.

Bir tıbbi müdahale nedeniyle ortaya çıkabilecek komplikasyonların hastaya bildirilmemesi (komplikasyon konusunda aydınlatılmış onam eksikliği) dahi

<sup>54</sup> Ünver, Komplikasyon Malpraktis Ayırımı, s.66.

<sup>55</sup> Koca, izin verilen riskin, "*hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünü sınırlandırmada bir ölçüt olarak*" göz önünde bulundurulması gerektiğini; hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmadığı müddetçe tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmaların ceza sorumluluğu doğurmayacağını ifade etmektedir. Açıklama için bkz. Koca, s.100

<sup>56</sup> Ünver, Komplikasyon Malpraktis Ayırımı, s.66.

<sup>57</sup> Ünver, Komplikasyon- Malpraktis Ayırımı, s.66.

<sup>58</sup> Çolak, s.96.

tıbbi kusur sayıldığı halde<sup>59,60</sup> komplikasyonun başlı başına hukuki açıdan sorumlusuzluğu neticelendiren bir bakıma özel bir hukuka uygunluk hali olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir.

Yukarıda da ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere, komplikasyon gelişen her durum "*izin verilen risk*" olarak kabul edilemez. Ancak, ortaya çıkmasında tıbbi kusur bulunmayan ve ortaya çıktıktan sonra gerekli müdahalenin yapılmasına rağmen ortadan kaldırılamayan veya hasta üzerindeki olumsuz sonuçları hafifletilemeyen komplikasyon "*izin verilen risk*" olarak kabul edilebilir<sup>61</sup>.

Komplikasyon öngörülebileceği halde öngörülmemiş ve komplikasyona karşı tedbir alınmamış ya da komplikasyon bizatihi tedbir alınmamasından kaynaklanmış ise komplikasyon değil tıbbi uygulama hatasından söz edilmelidir<sup>62</sup>.

Önlem alınmayan, fark edilmeyen, iyi yönetilmeyen komplikasyonlar tıbbi uygulama hatasına dönüşebileceğinden, komplikasyonun geliştiği her somut olayda tıbbi kusurun bulunup bulunmadığının –ayrıca- saptanması gerekmektedir<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Gökcan, s.241. Savaş, Halide, Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi Yayınları, İstanbul 2012, s.274 Yargıtay'a göre de: "*Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Öyle olunca, davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmeleri bir zorunluluktur. Davalıların, davacı ...'yi kolon yaralanması hususunda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği, bu tür bir müdahalenin ne tür komplikasyonları olduğu izah edilmemiştir... eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.*" Yargıtay 13 HD. 15.9.2014 tarih, E. 2013/26330 ve K. 2014/27050. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03/05/2015). Yargıtay 12. Ceza Dairesi'ne göre de: "*...Estetik ameliyat öncesi katılanın doğabilecek riskler konusunda uyarıldığını gösterir ayrıntılı ve söz konusu müdahaleye özel bilgilendirme belgelerine rastlanmaması, ameliyat öncesi ve sonrası hasta fotoğraflarının bulunmaması sebebiyle raporların bu eksikliğe rağmen düzenlenmiş olması ile ameliyat öncesi yapılması gerekli tetkiklerin eksik yapıldığı ya da hiç yapılmadığı kanaatinin edinilmesi nedenleriyle söz konusu eksikliklerin giderilerek bir kez de Adli Tıp Kurumundan rapor alınarak sanığın hukuki durumunun tespit ve tayini yerine eksik inceleme ile beraat kararı verilmesi, kanuna aykırı olup...*" Yargıtay 12. CD.25.03.2013 tarih E. 2013/3553 ve K. 2013/7266 (Karar yayınlanmamıştır).

<sup>60</sup> Rosenau aydınlatma eksikliğini, –izin verilmeyen risk- olarak ifade edilmektedir. Açıklama için bkz. Rosenau, Henning, Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, (Çev. Ahmet Hulusi Akkaş), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, C. VIII, S.2, Y. 2014 (Aralık), s.658.

<sup>61</sup> Ünver'e göre, bu durumda komplikasyon, fiilin haksızlık kavramının dışında tutulmakta ve fail cezalandırılmamaktadır. Açıklama için bkz. Ünver, Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı, s.67. Kanaatimizce, komplikasyonun bu şekilde gelişmesi halinde, failin cezalandırılmamasının sebebi fiilin haksızlık içeriğinin yokluğu değil, "*eylemin tipik olmaması*"dır.

<sup>62</sup> Ünver'e göre de, komplikasyon bakımından tıbbi tedbirlerin alınmadığı sabit ise, malpraktis söz konusudur. Açıklama için bkz. Ünver, Tıbbi Malpraktis, s.62

<sup>63</sup> Gökcan, s.239.



Nitekim Yargıtay da istikrarlı bir biçimde, zararlı sonucun komplikasyon olup olmadığının tespit edilmesi ve bilirkişi tarafından komplikasyon olarak nitelendirilmesi halinde de, hekim ya da diğer sağlık personelinin komplikasyonun gelişmesinde kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğine karar vermektedir<sup>64, 65</sup>.

Anılan açıklamalardan hareketle, komplikasyonun ortaya çıkmasında ve komplikasyon ortaya çıktıktan sonra gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği hallerde veya sağlık personelinin komplikasyon nedeniyle ortaya çıkan zararlı neticeyi ağırlaştırıcı ve olumsuz neticenin (ölüm veya yaralanma neticesinin) oluşmasını hızlandıran eylemlerinin bulunması halinde tıbbi uygulama hatası söz konusu olur ve bu türden eylemlerin ceza sorumluluğunu gerektireceği de tartışmasızdır.

### §.3. TAKSİR- BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI BAKIMINDAN "ÖNGÖRME" UNSURU

Tıbbi uygulama hataları bakımından, zararlı neticenin öngörülüp öngörülemeyeceği, failin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde ayrı bir öneme sahiptir. Özellikle tıbbi uygulama hatasına dönüşen ve tıp biliminin verilerine göre öngörülebilir komplikasyonlar bakımından failin eylemindeki manevi unsurun tespitinde güçlük yaşanmaktadır.

Hekim ya da diğer sağlık personelinin istenmeyen zararlı neticeyi (komplikasyonu) öngördüğünden bahisle doğrudan, bilinçli taksirli olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, tıbbi uygulama hatasına dönüşen komplikasyonların (öngörülebilir komplikasyonlar yönünden) öngörülüp öngörü-

<sup>64</sup> "...Olayda ölü doğan bebeğin ölüm nedenine ilişkin olarak ölümünün annede meydana gelen uterus rüptürü ve gelişen komplikasyonlardan ileri geldiği mütaala edilmekle birlikte somut olay itibarıyla ilgili raporda sanıkların olayda kusurlu eylem ve davranışlarının bulunup bulunmadığı hususlarının irdenilip değerlendirilmediğinin anlaşılması karşısında;

Gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi ve sanıkların olay nedeniyle kusurlarının bulunup bulunmadığının tespitine ilişkin olarak önceki raporlarda irdelenecek şekilde Adli Tıp Kurumundan yeniden rapor alınmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden sanıkların üzerlerine atılı eylemin kanunda suç olarak tanımlanmadığı gerekçesiyle beraatlerine karar verilmesi,

Kanun'a aykırı olup..."Yargıtay 12. CD. 06.03.2012 tarih, E. 2012/9300 ve K. 2012/6218. Aynı yönde Yargıtay 12. CD. 29.06.2012 tarih, E. 2011/21499 ve K. 2012/16422 (Kararlar yayınlanmamıştır).

<sup>65</sup> "...Sanığın, kendi bilgi ve tecrübesine güvenip, hastanede bulunan kolanjiografi görüntüleme cihazını kullanmayarak laparoskopik yöntemle kapalı olarak başladığı, ancak yeterli görüntü alınamaması sebebiyle açık şekilde gerçekleştirdiği ameliyat esnasında, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek koledok kanalını lüca kanalı zannedip kesmesi neticesinde gelişen komplikasyonlar sonucu meydana gelen ölüm olayında kusurlu olduğunun kabulünde sorumluluk bulunmaktadır." Yar. CGK, 14.2.2012 tarih, E. 2011/12-578 ve K. 2012/43.

memesinin failin ceza sorumluluğuna etkisini tartışmadan, Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında "*taksir*" ve "*bilinçli taksir*" şeklinde tanımlanan iki manevi unsurun –kanuni- ayırım noktası olan "*öngörme*" unsurunun ayrıca ele alınması gerekmektedir<sup>66</sup>.

Taksirde, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir biçimde neticenin öngörülebileceği halde netice öngörülmemiş iken; bilinçli taksirde, neticenin öngörülmesine rağmen, sırf şansa, kişisel yeteneğe, mesleki cesarete veya sair başka bir sebebe güvenilerek, neticenin meydana gelmesi bakımından "*pervasızlık*" gösterilmektedir<sup>67</sup>.

İstisnai bir sorumluluk türü olan "taksirli eylemden doğan sorumluluk", toplum halinde yaşamının beraberinde getirdiği ve her insanı ya da belli bir meslek sahibi kimseleri, ortak yaşam tecrübeleri kapsamında daha dikkatli davranmaya sevk eden, bu kimseler (bireyler ve/veya meslek sahipleri) yönünden bir nevi "*uyarı*" mahiyeti taşıyan bir mahiyet arz etmektedir<sup>68, 69</sup>.

<sup>66</sup> Taksirin hukuki esası hakkındaki diğer teoriler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım II, 12. Baskı, İstanbul 1999, s.249 vd.; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014, s.378 vd.; Koca, Mahmut/ Üzülmöz, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2014, s.183 vd.; Artuk, M. Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenedünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2014, s.325 vd.; Özen (Mustafa), s.98 vd. Biz, taksirin hukuki esasına açıklayan teorilerden en fazla taraftar bulan ve Türk öğretisinde de yaygın olarak kabul edilen "*öngörebilme*" teorisini esas almaktayız.

<sup>67</sup> Yargıtay'a göre de: "*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 hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin hali ile bir tutulamayacağından ve neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun bu sonucu meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlü olduğundan, "neticenin fail tarafından öngörülmesi" ölçü alınarak basit ve bilinçli taksir ayırımına gidilmiştir.*" Yar. CGK, 09.12.2014 tarih, E. 2013/9-125 ve K. 2014/543.

<sup>68</sup> Dönmezer/Erman, Genel Kısım II, s.254; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s.439; Artuk/Gökçen/Yenedünya, s.324. Özen'e göre: "*Taksirli sorumluluğun esasını, failin uyulması zorunlu davranış kurallarına uymak suretiyle önleyebileceği bir fiili bu fiilleri (davranış kurallarını) ihlal etmek suretiyle istemeyerek gerçekleştirmiş olmasından dolayı kınanmasında aramak gerekir.*" Özen, Muharrem, TCK'nda Taksir, Alman- Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. 3, İstanbul 2012, s.115.

<sup>69</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre: "...*Taksirle gerçekleştirilen bazı eylemlerin suç olarak tanımlanıp cezaî yaptırımı bağlanmasıyla, insanların gittikçe yoğunlaşan ve karmaşık hale gelen toplum hayatı içinde daha dikkatli davranmalarının temin edilmesi amaçlanmaktadır. Kanun ve ortak hayat tecrübesinin sonucu olarak kendisine toplum tarafından yüklenen dikkat ve özen görevini ihlal eden ve bu hareketiyle öngörülebilir zararlı neticeye sebep olan kişinin taksirle işlenen suçlara ilişkin cezaî sorumluluğu benimsenmiş, fakat taksirden söz edilemek için de kanunî tarife uygun fiilin işlenebileceğinin öngörülme imkanının mevcut olması aranmıştır.*" Yar. CGK, 18.2.2014 tarih, E. 2013/12-10 ve K. 2014/80.

TCK m.22/2 anlamında taksir, "*Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülme- yerek gerçekleştirilmesi*"dir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranıldığında "*öngörülemeyen*" bir neticeden dolayı failin ceza sorumluluğunun bulunduğu söylenemez.

Bir hareketten dolayı istenmeyen bir neticenin doğmuş olması, failin cezalandırılması bakımından yeterli olmayıp<sup>70</sup>, zararlı (istenmeyen) netice yönünden en azından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın bulunması gerekmektedir<sup>71</sup>. Neticenin öngörülebilir olup olmaması taksir ile kaza ve tesadüfün ayıran unsurdur<sup>72, 73</sup>. Öngörülebilirlik, bir kişinin yapmış olduğu davranışın bir neticeye sebebiyet verebileceğini veya bir neticeyi meydana getirme olasılığını düşünmesidir<sup>74</sup>. Yargıtay'a göre de: "*Neticenin öngörülebilmesi (tahmin edilebilmesi) ise failin hareketlerinin sonuçlarını tahmin edebilme yeteneğini*" ifade etmektedir<sup>75</sup>.

Taksirli suçlarda öngörülmesi gereken neticenin öngörülmemesi "*normatif kusur*"dur<sup>76</sup>. Yine, taksirli suçlar bakımından öngörülmesi gereken netice, her türlü netice olmayıp "*normatif (suç tipinde yer verilen) netice*"dir<sup>77</sup>. Öngörülmesi gereken, "*münhasır ya müşahhas*" netice olmayıp, "*genel*" neticedir.

<sup>70</sup> Ersoy, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s.104

<sup>71</sup> Nitekim dikkat ve özen yükümlülüğünün dahi, toplum içinde yaşamaktan kaynaklandığı da haklı olarak dile getirilmektedir. Açıklama için bkz. Katoğlu, Tuğrul, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.63, Y. 2007 s.29; Yıldız, Ali Kemal, Tıp Hukukunda Güven İlkesi, VII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 16-17 Nisan 2010, Samsun, Ed. Hakan Hakeri, Henning Rosenau, 261, 262. Yıldız'a göre, sırf riskli bir faaliyeti girişmiş olmak (zararlı netice gerçekleşmiş olsa bile) dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edildiği anlamına gelmez.

<sup>72</sup> Hakeri, Genel Hükümler, s.219; Dönmezer/Erman, meydana gelen neticenin her türlü öngörülebilirlik yeteneğinin dışında ve kimse tarafından öngörülemeyecek olması halinde kaza ve tesadüfün söz konusu olacağını ifade etmektedir. Açıklama için bkz. Dönmezer/Erman, Genel Kısım II, s.263. İçel'e göre de, "öngörme" yok ise, taksir de yoktur. İçel, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul 1967, s.141. Aynı yönde bkz. Öztürk, Bahri/ Erdem, M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2013, s.282; Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Baskı, İstanbul 2014, s.361.

<sup>73</sup> Yargıtay'a göre de: "*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, öngörülmeyecek bir sonucun gerçekleşmesi halinde de failin taksirli suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir.*" Yar. CGK., 09.12.2014 tarih, E. 2013/9-125 ve K. 2014/543.

<sup>74</sup> Frosali, Sistema penale italiano, s.497'den nakleden Özen (Mustafa), s.163.

<sup>75</sup> Yar. CGK, 11.5.2004 tarih, E. 204/2-97 ve K. 2004/115.

<sup>76</sup> Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.319, 320.

<sup>77</sup> Koca/Üzülmez, s.201; Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. I, Ankara 2010, s.471.

Örneğin; failin odasındaki masa üzerinde dolu bir tabanca bırakması halinde, kendi çocuğunun bu tabanca ile oynarken yaralanabileceğinin öngörmesi aranmayıp, herhangi bir kişinin o tabanca ile yaralanabileceğini veya diğer bir kişiyi yaralayabileceğinin öngörülmesi (diğer unsurların da bulunması şartıyla) failin cezalandırılabilmesi için yeterlidir<sup>78</sup>.

Nitekim Yargıtay'a göre de: "...Taksirli suçlarda öngörülebilir sonucun tüm detaylarının öngörülmesi ya da öngörülebilir olması da şart değildir, yayanın trafik kurallarını ihlal etmek suretiyle aniden yola çıkması halinde bir aracın ona çarpabileceği ya da çarpmamak için direksiyonu kırması nedeniyle trafik düzeninin bozulabileceği, böylelikle de başkalarının hayatı ve vücut bütünlüğüne yönelik olarak yaralanma ya da ölüm olayının gerçekleşebileceği herkes için öngörülebilir bir durumdur. Gerçekleşen neticenin bütün ayrıntı ve inceliklerinin tahmin edilebilir olmasına gerek bulunmayıp, sonucun genel olarak öngörülebilir olması taksirin varlığı için yeterlidir. Bunun yanında yayalının zarara uğrama ihtimalinin daha yüksek olması, araç yoluna kontrolsüz giren yayanın başkalarına zarar vermek suretiyle tehlikeye neden olacağının öngörülebilir olması gerçeğini değiştirmeyecektir"<sup>79</sup>.

Gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen öngörülemeyen tipik neticenin meydana gelmesinden dolayı failin cezalandırılması adalet duygusunu incitir<sup>80</sup> ve ceza sorumluluğunun kapsamı sınırsız hale gelir<sup>81</sup>.

Bununla birlikte, öngörülebilecek iken öngörülmeyen her netice bakımından da, neticenin meydana gelmesinin failin doğrudan doğruya ceza sorumluluğunu doğurmayacağı, her somut olayda failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadığının da ayrıca tespit edilmesi gerektiği açıktır. Öngörmenin gerçekleşmiş olması, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın bulunup bulunmadığı yönündeki araştırmayı/değerlendirmeyi ortadan kaldırmaz<sup>82,83</sup>.

<sup>78</sup> Açıklama ve örnek için bkz. Demirbaş, s.384; İçel, s.153 vd.; Koca/Üzülmez, s.201, 202.

<sup>79</sup> Yar. CGK, 18.2.2014 tarih, E. 2013/12-10 ve K. 2014/80.

<sup>80</sup> Dönmezer/Erman, Genel Kısım II, s.255.

<sup>81</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s.362; Özbek, V. Özer/ Kanbur, Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2014, s.513.

<sup>82</sup> Öztürk/Erdem, s.282; Önder, s.320. Bu noktada, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık halinde "öngörmenin" aranıp aranmayacağı sorusu akla gelebilir. Soyaslan'a göre, kurula riayetsizlik halinde öngörülebilirliğin hiçbir önemi yoktur. Kurula riayetsizlik ile tehlikeli faaliyet doğmaktadır. Sorumluluk için tehlikeli faaliyetin doğması kâfidir. (Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s.443, 444). Kanaatimizce, "öngörme" taksir ile kaza ve tesadüfü ayıran bir unsur olup, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylemin gerçekleştirildiği her durumda "öngörmenin" peşinen var olduğu kabul edilemez. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışın varlığı tespit edildikten sonra, ikinci aşamada olumsuz neticenin (ya da tehlikenin) öngörülebilir olup olmadığının da araştırılması gerekmektedir. Nitekim Demirbaş'ın da belirttiği üzere, neticenin öngörülebilir olması, dikkat ve özen yükümlülüğü-

Öngörme, dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi imkânını ifade eden bir kavram olup, dikkat ve özen yükümlülüğü vazifesinin bulunduğu yerde "öngörme" imkânı ve iktidarı da vardır<sup>84</sup>.

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde "kurallara riayet edilme-yerek" hareket edildiğinde artık, öngörmenin "kendiliğinden" var olduğu<sup>85</sup> belirtilse de, biz bu görüşe katılmamaktayız. Öztürk/Erdem'in de haklı olarak belirttiği üzere; kurallara riayetsizlik halinde "öngörme" kendiliğinden (kanunen) var kabul edilse dahi, fail her durumda tipik neticeden peşinen sorumlu tutulamaz. Taksirli suçların müşterek ve haksızlık unsuru olarak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın da ayrıca araştırılması gerekmektedir<sup>86</sup>.

Kanaatimizce, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışın varlığı halinde dahi "öngörme" imkân ve iktidarının araştırılmasını ifade eden bu görüş, komplikasyonlar bakımından özel bir önem taşımaktadır. Gerçekten, tıbbi müdahale nedeniyle komplikasyonun geliştiği durumlarda, esasında mesleki kurallara uygun davranılmıştır. Ancak, komplikasyonun tespitinde veya etkilerinin ortadan kaldırılmasında ya da azaltılmasında gerekli tıbbi destek sağlanamamış ise, hekim ya da sağlık mesleği mensubunun taksirli suçtan sorumluluğu doğabilecektir.

---

nün bir şartıdır. Dikkat ve özen görevi neleri kapsıyor ise, öngörebilme olanağı da bunlara göre belirlenecektir. Demirbaş, s.384. Ersoy'a göre de, "Mevzuata uymayarak tipik davranışın gerçekleştirilmesi öngörmenin varlığı için yeterli değildir." Ersoy, Genel Hükümler, s.104.

<sup>83</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun isabetli bir şekilde belirttiği üzere: "...Sadece objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışın varlığı taksirden dolayı cezalandırılmayı gerektirmez, buna bağlı olarak bir sonucun ortaya çıkması, ortaya çıkan bu sonucun da, fail tarafından öngörülmemiş olsa bile öngörülebilir nitelikte olması gerekmektedir... Taksirle işlenen suçlarda icrai ya da ihmali hareketin iradi olması ve meydana gelen neticenin öngörülebilir olması gerekmekte olup, iradi bir davranış bulunmadığı takdirde taksirden bahsedilemeyeceği gibi, öngörülemeyecek bir sonucun gerçekleşmesi halinde de kaza ya da tesadüf söz konusu olacağından, failin taksirli suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir. Öngörülebilmek, belirli niteliklere sahip olan failin gerçekleştireceği hareketinin zararlı neticelerini tahmin edebilmesi imkanı olarak açıklanabilecek olup, öngörülebilmek imkansız ise, kaza ve tesadüf söz konusu olacaktır." Yar. CGK, 18.2.2014 tarih, E. 2013/12-10 ve K. 2014/80.

<sup>84</sup> Koca/Üzülmez, s.201. Ancak, fail dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmış ise, artık neticenin fail tarafından öngörülebilir olup olmadığına ortaya konulmasına/ araştırılmasına gerek yoktur. Görüş için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.512. Kanaatimizce de, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışın bulunmadığı durumlarda, öngörmenin varlığının ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. Ancak, öngörmenin var olduğu her durumda mutlaka dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir eylemin bulunup bulunmadığı mutlaka araştırılmalıdır.

<sup>85</sup> Soyaslan, s.443, 444; Ersoy, s.104. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere "kurallara uygun davranmak" dahi her durumda ceza sorumluluğunu kaldırmaz.

<sup>86</sup> Görüş için bkz. Öztürk/Erdem, s.281. Nitekim Yargıtay'a göre de: "Doktor tıptaki bilimsel gelişmeleri takip etmeli, tıbbi müdahaleyi bu güncel bilgiler doğrultusunda gerçekleştirmelidir. Belirtmek gerekir ki, doktorun standartlara ve bilimsel kurallara uygun olarak özenli bir şekilde müdahale yapıp yapmadığı belirlenirken yaptığı müdahale sonucunda hastanın şifa bulması değil, kurallara uygun müdahalede bulunup bulunmadığı göz önüne alınmalıdır". Yargıtay CGK. 09.12.2014 tarih, E. 2014/12-103, K. 2014/552 (karar yayınlanmamıştır).

Bütün bu açıklamalardan hareketle, taksirli suçların sübjektif yönünün ağır basması nedeniyle, taksirin derecesinin (ve taksirden doğan sübjektif sorumluluğun kapsamının) kişisel olduğu söylenebilir<sup>87</sup>.

Taksirli suçlar yönünden "*tipik neticenin öngörülmesi*"nin (öngörme unsuru-nun) objektif mi yoksa sübjektif bir nitelik mi arz ettiği konusu tartışmalıdır<sup>88, 89</sup>.

Bir görüşe göre, failin fiilinden dolayı meydana gelen neticenin öngörülebilir olup olmadığının tespiti bakımından, failin kişiliği, yaşı, cinsiyeti, beden kusurları, görgüsü, mali durumu, sosyal durumu, bilgi düzeyi, tecrübesi gibi sübjektif unsurların esas alınması gerektiğinden, taksirin öngörme unsuru "*sübjektif*" olup<sup>90</sup>, neticenin öngörülüp öngörülmemesi bakımından "*fail*" esas alınmalıdır<sup>91</sup>.

Bununla birlikte, "*objektif ölçüt*"ten hareket ederek, öngörme unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda "*ortalama bir insanın*" esas alınmasını savundukları halde, failin özel bilgisi ve yeteneklerinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini öne süren yazarlar da bulunmaktadır<sup>92</sup>.

Öngörme unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin her somut olay bakımından objektif ve sübjektif görüşler birleştirilerek tespit edilebileceğini benimseyen yazarlar "*karma görüşe*" taraftardır. Nitekim Önder, öngörmenin objektif ve sübjektif nitelikler içinde gerçekleştirilebileceğini belirterek karma görüşe taraftar olmuştur<sup>93</sup>. Centel/Zafer/Çakmut da, neticenin öngörülebilir (ve engellenebilir) olup olmadığı yönündeki değerlendirmenin her somut olayda ayrıca yapılması gerektiği ve bu değerlendirmenin objektif, sübjektif ya da karma ölçütün uygulanabileceği görüşünü benimsemektedir<sup>94</sup>.

<sup>87</sup> Özen (Mustafa), s.97.

<sup>88</sup> Tartışmalar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, (Mustafa), s.170 vd.

<sup>89</sup> Özen'e göre, öngörebilme ile öngörülebilirlik birbirinden farklı kavramlar olup, öngörülebilirlik nesnel bir değerlendirme iken; öngörme, somut olay bakımından öznel (sübjektif) değerlendirmeyi gerekli kılar. Nesnel (objektif) bir kavram olan öngörülebilirlik, somut olayda öznel olarak (sübjektifleşerek) "öngörme"ye dönüşmektedir. Özen (Mustafa), s.178.

<sup>90</sup> Hakeri, Genel Hükümler, s.218; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.328; İçel, Kayıhan/ Evik, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Baskı, İstanbul 2007, s.197; Yıldız, s.262, 263; Ersoy, s.104; İçel, s.153; Soyaslan, s.443; Demirbaş, s.384.

<sup>91</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.508, 513; Yaşar/Gökcan/Artuç, C.I, s.473.

<sup>92</sup> Öztürk/ Erdem, s.282; Koca/Üzülmez, s.201.

<sup>93</sup> Önder, s.319; Dönmezer/Erman da, öngörebilmenin "*belirli bir toplumda ve belirli bir anda yaygın olan ortak tecrübeye*" dayandığını belirterek karma görüşe taraftar gözükmektedir.

<sup>94</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s.364, 365. Yazarların, öngörmenin belirlenmesinde, "*işbölümü, uzmanlaşma ve bilgi standardı, eğitim, yaş, bedensel durumlar*"ın dikkate alınacağını ve öngörme unsurunun "*göreceli*" olduğunu belirtmiş oldukları nazara alındığında, sübjektif ölçüte üstünlük tanıdıkları sonucu çıkarılabilecektir. Aynı şekilde Demirbaş da, sübjektif görüşe taraftar olduğu halde, öngörmenin varlığının tespiti bakımından, "*ortak tecrübelerin*" esas alınması gerektiğini belirterek, karma görüşe yaklaşmaktadır. Görüş için bkz. Demirbaş, s.384.

Hafizoğulları/Özen<sup>95</sup> ve Toroslu'ya<sup>96</sup> göre, öngörülebilirlik bakımından, iş bölümü, uzmanlaşma, bilgi düzeyi, eğitim derecesi, yaş, fiziki koşulların da dikkate alındığı bir *model-ajan* esas alınması gerekmektedir. Anılan yazarlar, bu görüşleri ile karma görüşe taraftar görünmektedir<sup>97</sup>.

TCK'nin taksiri düzenleyen 22. maddesinin gerekçesine bakıldığında, kanun koyucunun öngörme konusunda sübjektif görüşe taraftar olduğu görülmektedir. Gerekçeye göre, "*Taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak varolan dikkat, özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır.*"

Yargıtay da tipik neticenin öngörülebilir olup olmadığı yönünde "somut olaydaki faili" esas alan sübjektif görüşe taraftardır. Yargıtay istikrarlı bir biçimde, neticenin öngörülebilir olup olmadığı hususunda "*failin yaş, görgü, meslek vs. gibi niteliklerinin nazara alınmasının*" zorunlu olduğuna karar vermektedir<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s.111 vd.

<sup>96</sup> Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2008, s.201.

<sup>97</sup> Benzer görüş için bkz. Kayaer, Nebahat, Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2012, s.287 vd.

<sup>98</sup> "*Neticenin öngörülebilmesi (tahmin edilebilmesi) ise failin hareketlerinin sonuçlarını tahmin edebilme yeteneğini ifade eder. Bu bakımdan failce neticenin öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi bakımından failin yaş, görgü, meslek vs. gibi niteliklerinin nazara alınmasını zorunlu kılar. Zira öngörülebilmenin imkânsız olması durumunda taksirden değil, kaza ve tesadüflerden söz edilebilir.*"

*Öngörülebilir olanağının belirlenmesinde nasıl bir ölçüt uygulanacağı hususu uygulama ve öğretide de tartışılmış, failin kişisel niteliklerini göz önünde bulunduran sübjektif görüş eğilim kazanmıştır. Bu görüşe göre failin görgüsü, sosyal seviyesi, yaşam tecrübesi, bedeni ve akli hali, zeka düzeyi gibi hususlar öngörme olanağının belirlenmesinde nazara alınacaktır.*

*Somut olayda, sanık 21 yaşında, dört yıldır gayriresmi evli, okuma yazma dahi bilmeyen ve kırsal kesimde yaşayan bir ev kadınıdır. Sanığın ekonomik ve sosyal durumu, kişisel gelişim düzeyi, yaşı, öğrenim görmemiş olması ve yaşadığı çevrenin koşulları dikkate alındığında, çocuğunu sevip onunla oynayıp şakalaşırken havaya atıp tuttuğu sırada ve hareketli oldukları bir anda meydana gelen olayda açıklanan kistaslar gereği neticenin öngörülebilir olmaması nedeniyle sanığa atfı mümkün bir kusur bulunmadığından, atılı suçun manevi unsuru oluşmamıştır. Bu itibarla, yerel mahkemenin önceki mahkûmiyet hükmünde direnmeye ilişkin kararı isabetsiz olup bozulmasına karar verilmelidir." Yar. CGK, 11.5.2004 tarih, E. 204/2-97 ve K. 2004/115. Aksi yöndeki yakın tarihli bir kararında ise Yargıtay "*Neticenin öngörülebilir olması ile failin neticeyi öngörebilir yetenekte bulunması arasında fark vardır. Neticenin öngörülebilmesi, failin niteliklerine, yeteneklerine, eğitim durumuna veya uzmanlık alanına göre değil objektif olarak ve failden bağımsız şekilde ortalama seviyedeki bir insanın öngörme yeteneğine göre tespit edilmelidir*" diyerek, neticenin öngörülebilirliği konusunda objektif görüşe taraftar olduğunu ortaya koymuştur. Yargıtay CGK. 09.12.2014 tarih, E. 2014/12-103, K. 2014/552 (karar yayınlanmamıştır).*

Kanaatimizce de, tipik neticenin fail bakımından öngörülebilir/ tahmin edilebilir olup olmadığının tespiti bakımından sübjektif bir değerlendirme yapılmamıştır. Bu değerlendirmede aynı durumda olan "*başka bir fail*" değil, somut olayın bütün şartları ve failin şahsi bütün özellikleri (yaş, cinsiyet, sosyal durum, zekâ seviyesi, tecrübesi, eğitim durumu vs.) nazara alınarak; sadece somut olaydaki "*fail*" nazara alınmalıdır.

Tıbbi uygulamalar neticesinde ortaya çıkan zararlı/istenmeyen sonuçlar açısından, bu sonuçların (tipik neticenin) fail tarafından öngörülebilir olup olmadığının değerlendirilmesi açısından da, failin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirdiği anda ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirdiği yerdeki tıbbi standart ve tıbbi donanım ve imkânlar, failin mesleki geçmişi, tecrübesi, gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleye ilişkin uzmanlığının olup olmadığı (ilgili alanda ilave özel bir eğitim alıp almadığı) gibi hususların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

#### §.4. MÜŞTEREK UNSUR VE "HAKSIZLIK" OLARAK "DİKKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIK"

Taksirli (basit/bilinçli) suçlarda "*müşterek*" unsur ve haksızlık teşkil eden iradi eylem, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktır<sup>99</sup>. Bu nedenle, taksir-bilinçli taksir ayrımı somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın bulunup bulunmadığına göre değil de, neticenin öngörülüp öngörülmediği esas alınarak yapılmaktadır. Taksirli suçlar yönünden haksızlık (tipik normdaki neticeyi ihlal eden davranış)<sup>100</sup>, "*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirilen eylem*"dir.

Taksirin her iki türü bakımından da, eylemin suç sayılabilmesi ve failin cezalandırılabilmesi için dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olması gerekmektedir.

Taksirin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın "*objektif*" bir unsur olduğu yönünde öğretide neredeyse tam bir fikir birliği bulunmaktadır<sup>101,102</sup>. Ob-

<sup>99</sup> Ayrıca, hem taksir hem de bilinçli taksir halinde neticenin "istenmemesi" diğer bir müşterek unsur olup, kastı taksirden ayıran en önemli esastır.

<sup>100</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev. Feridun Yenisey, İstanbul 2007, s.399; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014; s.254; Önder, s.320, 321.

<sup>101</sup> Koca/Üzülmez, s.188; Öztürk/Erdem, s.282; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/ Tepe, s.512; Yıldız, s.262; Özgenç, s.252; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.346; Özen (Mustafa), s.154; Centel/Zafer/Çakmut, s.363; Zafer, s.; Ersoy, s.106; Yaşar/Gökcan/Artuç, C.I, s.474.

<sup>102</sup> Azınlıkta kalan aksi görüşe göre, dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin tespiti olayın başındaki duruma göre, failden bağımsız ve objektif bir şekilde değil; failin kişiliği, bilgisi ve tecrübesine göre "*somut olaydaki fail*" esas alınarak yapılmalıdır. Hakeri, Genel Hükümler, s.216; İçel/Evik, s.201. Alman Ceza Hukuku'nda sübjektif görüşe



jektif bir biçimde ve failin icra edildiği andaki duruma göre ve fakat sonradan<sup>103</sup> yapılacak değerlendirme bakımından, bilinçli bir insanın, yani fail ile aynı çevreye ait olan (ya da fail ile aynı mesleği icra eden) makul ve tedbirli bir insan esas alınarak<sup>104</sup>, bu makul kişinin tercih edeceği davranış, somut olayda failin dikkat ve özen yükümlülüğünün türünü ve ölçüsünü belirlemede temel kriter olarak ele alınmalıdır<sup>105</sup>.

Yargıtay'a göre de, dikkat ve özen yükümlülüğü, failin kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında "*objektif olarak*" değerlendirilmesi gereken bir unsurdur<sup>106</sup>.

Dikkat ve özen yükümlülüğünün, *-kişinin yeteneklerinden bağımsız olarak* belirlenmesi gerekse de, bu türden bir nesnel yaklaşım somut olayda kişinin kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirebilecek idrak, bilgi düzeyi, tecrübeye sahip olmasını bertaraf etmez<sup>107</sup>. Failin dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığı, yaşı, sosyal durumu, bilgi düzeyi, algılama seviyesi, kişisel kabiliyetleri, tecrübesi ve içinde bulunduğu şartlar itibarıyla değerlendirilmelidir<sup>108</sup>.

Örneğin; belli bir alanda üst ihtisas yapmış bir hekimin somut olaydaki eyleminde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışının bulunup bulunmadığı aynı alandaki başka bir hekime göre değil kendi subjektif özellikleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu kapsamda, bir hekimin (veya sağlık perso-

---

tarafar olan yazarlar için bkz. Koca/Üzülmez, s.195. Özen'e göre dikkat ve özen yükümlülüğünün tespitinde hem öznel hem de nesnel bir değerlendirme birlikte yapılmalıdır. Eğer bu değerlendirme sonucunda bir zıtlık ya da çelişki söz konusu olur ise, öznel (subjektif) değerlendirmeye üstünlük tanınmalıdır. Çünkü, nesnel değerlendirmede kusursuz sorumluluğa yaklaşma tehlikesi bulunmaktadır. Açıklama için bkz. Özen (Mustafa), s.154.

<sup>103</sup> Jescheck, s.49

<sup>104</sup> "*Akan bir trafiğe yayanın kendisini atması halinde, bu hareketin trafikte tehlike veya zararlı bir sonuca yol açacağı, makul orta zekâdaki her insan tarafından kabul edilebilecek bir durumdur.*" Yar. CGK, 18.2.2014 tarih, E. 2013/12-10 ve K. 2014/80

<sup>105</sup> Koca/Üzülmez, s.194; Jescheck, s.49. TCK m.22'nin gerekçesine göre de: "*Bu dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir. Nitekim toplum hâlinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için, çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranışlarıyla ilgili kurallar konmaktadır. İnşaat faaliyeti, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir.*" Gerekçede yer alan ifadelerden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu da, dikkat ve özen yükümlülüğünün "objektif" bir biçimde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

<sup>106</sup> Yar. CGK, 18.2.2014 tarih, E. 2013/12-10 ve K. 2014/80; Yar. CGK, 09.12.2014 tarih, E. 2013/9-125 ve K. 2014/543;

<sup>107</sup> Özgenç, İzzet, Bilinçli Taksir, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.715 (Bilinçli Taksir); Koca/Üzülmez, s.195; Öztürk/Erdem, s. 281.

<sup>108</sup> Öztürk/Erdem, s.281; Koca/Üzülmez, s.216, 217; Jescheck, s.49.

nelinin) herhangi bir alanda ilave bir eğitim alması/araştırma yapması<sup>109</sup>, yeni bir teknik geliştirmesi ya da yan dal ihtisası veya üst ihtisas yapması, bu hekimin dikkat ve özen yükümlülüğü yönünden dikkate alınması gereken bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu türden durumlarda, şahsi bir kısım özelliklerin failin "öngörebilme" imkânı ve dolayısıyla da dikkat ve özen yükümlülüğünü artırması/ genişletmesi söz konusu olmaktadır<sup>110,111</sup>.

Kanaatimizce, taksirli suçlar yönünden sübjektif nitelik arzeden öngörme/öngörebilmenin genişlediği durumlarda, failin bireysel olarak öngörebildiği olumsuz neticeler yönünden dikkat ve özen yükümlülüğü de genişler. Bu nedendir ki, dikkat ve özen yükümlülüğü değerlendirilirken failin yerine "makul orta zekâda bir başka kimse" değil; "fail ile aynı özelliklere sahip" (failin mensup olduğu çevreye ait olan, fail ile aynı mesleği yapan vs.) bir kimse esas alınmalıdır<sup>112</sup>.

765 sayılı TCK'de dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı açıklanmıştır<sup>113</sup>. Ancak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun taksiri düzenleyen 22. maddesinde dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı açıklanmamıştır<sup>114</sup>. Öğretide ve uygu-

<sup>109</sup> Koca/Üzülmez'e göre: "Özen yükümlülüğünün belirlenmesinde objektif ölçüt esas olmakla birlikte, somut olayda failin özel bilisi de göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin; jinekoloji alanında uzman olan doktor A, hormon ilaçlarının etkileri konusunda ihtisas yapmıştır. A, hastası B'ye bir hormon ilacı vermiş ancak bu ilaç hastada zararlı yan etkilere neden olmuştur. Söz konusu yan etkilerin hormon ilacından kaynaklanabileceği hususu kısa bir süre önce bir Amerikan araştırma grubu tarafından ortaya çıkartılmıştır. Fakat konuyla ilgili yayınlar önemli bir uzmanlık dergisinde henüz çıkmamıştır. Bununla birlikte doktor A, araştırma sonuçlarını uzmanlık alanına ilişkin bir kongrede öğrenmiştir. Burada B'nin sağlığı bakımından tehlikenin müşahade edilebilirliği, özel bilgisi nedeniyle A bakımından kabul edilebilmelidir. Başka bir jinekoloj bakımından ise A'nın sahip bulunduğu –özel bilgi- olmadığı takdirde sorumluluk reddedilecektir". Örnek ve açıklama için bkz. Koca/Üzülmez, s.195.

<sup>110</sup> Örneğin; belli bir ameliyat tekniği konusunda ilave eğitim alan (alanında uzman olan) veya ek bir ihtisas yapan ya da bir ameliyatı çok sayıda yaparak bu ameliyat konusunda ciddi bir tecrübe kazanan hekimin bazı komplikasyonları rahatlıkla öngörebileceği ve bu komplikasyonlar bakımından dikkat ve özen yükümlülüğünün genişlediği söylenebilir.

<sup>111</sup> Nitekim İçel'e göre de, dikkat ve özen yükümlülüğünün kapsamı ile öngörebilme yeteneğinin/olanağının kapsamı birbirine paraleldir. Öngörebilme olanağı neleri kapsıyor ise, dikkat ve özen yükümlülüğü de aynı hususları kapsamalıdır. Açıklama için bkz. İçel, s.153; Koca/Üzülmez, s.195.

<sup>112</sup> Jescheck, s.49

<sup>113</sup> 765 sayılı TCK'nin 455. maddesine göre dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynakları şunlardır: "Tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizamata aykırılık".

<sup>114</sup> Dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağına ilişkin olarak 5237 sayılı TCK'nin 22. Maddesine ilişkin gerekçede şu ifadeler yer verilmiştir: "...Dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir. Nitekim toplum hâlinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için, çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranmalarıyla ilgili kurallar konmaktadır. İnşaat faaliyeti, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir.". 765 sayılı TCK'de sayılan hususların, "dikkat ve özen yükümlülüğü" kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği hususunda bkz. Demirbaş, s.388.

lamada, dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı olarak, ortak (müşterek) yaşam tecrübeleri, hukuk kuralları (kanunlar ve diğer pozitif normlar), mesleki kurallar, yetkili merciler tarafından verilmiş emir ve talimatlar<sup>115</sup>, sözleşme<sup>116</sup> ya da davranış kuralları gösterilmektedir<sup>117, 118</sup>.

Dikkat ve özen yükümlülüğü; hukuk normları ya da toplumsal veya mesleki davranış kurallarının bireye (belli bir kişiye) yüklediği bir "gereklik"<sup>119</sup> veya dikkatli ve özenli davranma "görevi"<sup>120</sup> ya da bir "emir"<sup>121</sup> mahiyetindedir. Kanaatimizce, her somut olay bakımından ve olayın şartları nazara alınarak<sup>122</sup> (ex-ante bir değerlendirme yapılarak) failin dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığı; bu alanda mevcut pozitif bir hukuk kuralı (kanun, tüzük vs.) var ise öncelikle bu kurala göre; böyle bir kural yok ise fail bir mesleğe mensup ise; bu mesleğin ortak tecrübelerine ya da mesleki kurallara göre, fail herhangi bir mesleğe mensup değil ise, toplumda geçerli olan ortak yaşam tecrübelerine göre belirlenmelidir. Ancak, yukarıda zikrolunduğu üzere bu değerlendirme mutlak objektif bir biçimde değil; her somut olayın özelliklerine göre failin dikkat ve özen yükümlülüğü

<sup>115</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.346

<sup>116</sup> Öztürk/Erdem, s.280

<sup>117</sup> Dönmez/ Erman, Genel Kısım II, s.254; Özgenç, s.252; Koca/Üzülmez, s.191, 194, 195; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.511; Öztürk/Erdem, s.280; Özen (Muharrem), s.115;

<sup>118</sup> Yargıtay'a göre, "*Toplumsal yaşamda belli faaliyetlerde bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için bir takım 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 belirlemekte, fail tedbirlili ve öngörülü davranmamış olduğu için cezalandırılmaktadır... Bu bakımdan sorumluluğun nedeni, öngörebilme imkân ve ödevinin varlığına rağmen sonuca iradi bir hareketle neden olmaktan kaynaklanmaktadır.*" Yar. CGK, 30.9.2014 tarih, E. 2013/12-706 ve K. 2014/406. Anılan karar kapsamında bakıldığında, toplum içerisinde yaşayan kimse ortak yaşam tecrübelerinin getirdiği davranış kurallarına; belli bir mesleği icra eden kimse de hukuk normlarıyla getirilen ya da mesleki tecrübelerle ortaya çıkan kurallara uymak konusunda "ödevli" olup, bu (belirli) kimseler bakımından zararlı neticelerin meydana gelebileceğinin öngörülmesi (öngörülebilir neticeler yönünden) "ödev/yükümlülük" niteliğindedir.

<sup>119</sup> Özgenç, s.252; Yıldız, s.262.

<sup>120</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s.362; Önder, s.321. Aynı yönde, Yar. CGK, 18.2.2014 tarih, E. 2013/12-10 ve K. 2014/80.

<sup>121</sup> Koca/Üzülmez, s.196.

<sup>122</sup> Aksi yönde, Jescheck bu değerlendirmenin, "*hareketi yapan kişinin mensup bulunduğu çevredeki titiz ve basiretli bir insanın davranış ölçüsüyle ve failin içinde bulunduğu müşahhas şartlardaki tehlike durumuna sokularak sonradan (ex post) olarak yapılması gerektiğini*" ifade etmektedir. Açıklama için bkz. Jescheck, s.49

ğünü genişleten kişisel bilgi ve tecrübe düzeyi de (ilave bir uzmanlığının olup olmadığı vs.) nazara alınarak yapılmalıdır<sup>123</sup>.

Fail, kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermiş ise, tipik netice meydana gelmiş olsa bile failin bu neticeden dolayı sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir<sup>124</sup>. Örneğin; bir anjiyografi işleminde, hekimin gerekli dikkat ve özeni göstermiş olmasına rağmen, anjiyografi işlemi sırasında girişimde bulunulan damarın (arterin) zarar görmesi halinde (komplikasyon tespit edildiğinde gerekli tıbbi müdahale yapılmış ise) hekim bu zararlı neticeden dolayı sorumlu tutulamaz. Yine -hastaya yeterli bilgilendirme yaptıktan sonra- kullanılan bir ilaç nedeniyle istenmeyen yan etkiler (*advers etki*) ortaya çıktığında da, bu etkilerin giderilmesi için gerekli tıbbi girişim yapıldığı durumlarda hekimin ceza sorumluluğundan söz edilemez.

Hekim ya da sağlık mesleği mensubu, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı da yine netice meydana gelecek idiyse, bu durumda hekim ya da sağlık mesleği mensubunun ceza sorumluluğundan söz edilebilir mi? Bu husus öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği durumlarda, fail tarafından dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı dahi, neticenin meydana gelmesi kaçınılmaz ise, fail bu neticeden sorumlu tutulamaz<sup>125</sup>. Ancak, aksi görüşe göre, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık suçun haksızlık unsurunu oluşturduğundan, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılmış ise, bu yükümlülüğe uygun davranılsaydı dahi netice gerçekleşecekti biçimindeki bir anlayışla "*varsayımsal olarak*" sorumluluktan kurtulmak mümkün değildir<sup>126</sup>. Bu varsayımsal

<sup>123</sup> Bu yönüyle, taksirli suçlarda meydana gelen neticenin failin özelliklerini taşıdığı ve fail ile müşahhas bir netice olduğu söylenebilir. Nitekim Önder'e göre, taksirli suçlarda netice, yalnız fiziki bir netice olmayıp, "*failin karakter özelliklerini de taşıyan*" bir neticedir. Açıklama için bkz. Önder, s.321.

<sup>124</sup> Komplikasyon gelişen durumlarda, hekim veya sağlık mesleği mensubunun hem tıbbi müdahaleyi gerçekleştirdiği anda hem de komplikasyon ortaya çıktığı anda kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermiş olması gerekmektedir.

<sup>125</sup> Öztürk/Erdem, s.283; Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 2. Baskı, İstanbul 2011, s.97, 98; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.512; Önder, s.322. Bu görüşe göre, failin özen yükümlülüğüne uygun davranması durumunda netice gerçekleşmeyecekti denilebiliyorsa, ancak bu takdirde netice faile yüklenebilir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylem, netice yönünden olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir anlam taşımıyor ise, bu eylem olmadan da zaten netice gerçekleşebilecek idiyse "objektif isnadiyet" yoktur. Açıklama için bkz. Öztürk/Erdem, s.283. Alman Federal Mahkemesi içtihatlarının da bu yönde olduğu hususunda bkz. Koca/Üzülmez, s.205. Koca/Üzülmez, neticenin isnadiyeti bakımından failin özene aykırı davranışıyla neticeyi meydana getirme riskini yükseltmiş ise, bu neticeden dolayı sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Açıklama için bkz. Koca/Üzülmez, s.207.

<sup>126</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.346; Özgenç, s.255, dn. 374.

yaklaşım, taksirli suçlar yönünden cezalandırılabilirliği son derece sınırlandırmaktadır<sup>127</sup>.

Yargıtay'ın da, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılmış olsaydı dahi, neticenin meydana gelip gelmeyeceğinin araştırılmasını istediği kararları bulunmaktadır<sup>128</sup>. Yargıtay'ın tıbbi müdahaleye ilişkin yakın tarihli bir kararında, gerekli takip ve tıbbi müdahale yapılmış olsa dahi, ölüm/yaralanma neticesi gerçekleşecek idi ise, hekimin taksirle öldürme suçu yerine; görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılması gerektiğine karar verilmiştir.

Anılan karara göre: "...Genel cerrahi uzmanları Dr. H. ve Dr. Y.'ın genel vücut travmalı hastayı gerekli özenle izlemedikleri ve hastanede takip etmedikleri için tali kusurlu oldukları"na dair raporuna göre; olayın oluş şekli, ölüm sebebi ve zamanı dikkate alındığında, gerekli takip ve tıbbi müdahale yapılsa dahi ölüm neticesi gerçekleşeceğinden, sanıklara atılı taksirle öldürme suçu yasal unsurları itibariyle oluşmamış ise de; ölen hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, tıbbi açıdan zamanında teşhis koyup, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak ve uygun tedavi yöntemlerini uygulamak zorunda olan sanık doktorların, görevlerinin gereklerini yerine getirmede ihmal gösterdiklerinin sabit olması karşısında, TCK'nun 257/2. maddesinde tanımlanan görevi kötüye kullanma suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekir..."<sup>129, 130</sup>.

<sup>127</sup> Koca/Üzülmez, s.206.

<sup>128</sup> Sözü edilen kararlar için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.96, dn. 288.

<sup>129</sup> Yargıtay 12. CD. 12.03.2013 tarih, E. 2012/19215 ve K. 2013/5974. (Karar yayınlanmamıştır.). Bir başka karar göre de: "...Tanıkların beyanlarından suça sürüklenen çocuğun verdiği sigarayı ölenin içmesi neticesi yarı baygın halde sarhoş olduğu, durumunun git gide ağırlaştığı ve solunum ile dolaşımının durduğu, bu nedenle de beyin kanaması geçirdiği ve tedavisi süresince komplikasyonlar gelişerek Cengiz'in öldüğü, öleni zamanında hastaneye götürmesi gerekirken gecenin ilk saatlerinden sabaha kadar tanık Ramazan'ın evinde tutması ve ölenin tedavisine zamanında başlanamamasına neden olması karşısında, Adli Tıp Kurumundan ölenin zamanında hastaneye götürülüp tedavisine başlanması halinde ölümün yine de gerçekleşip gerçekleşmeyeceği de sorularak, kendisini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen suça sürüklenen çocuğun eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 98. maddesinde düzenlenen suçu oluşturabileceği düşünülmeden, yazılı şekilde suça sürüklenen çocuğun beraatine karar verilmesi" bozma nedeni yapılmıştır. Yargıtay 12. CD., 20.32.013 tarih, E. 2012/32043 ve K. 2013/6856 (Karar yayınlanmamıştır). Aynı yöndeki bir başka kararda da, "...Sanıkların olay nedeniyle tıbbi açıdan kusurlu olup olmadıkları ve gerekli tıbbi tedavinin yapılması halinde ölenin kurtarılıp kurtarılamayacağı"nın araştırılması talep edilmiştir. Yargıtay. 12. CD. 05.09.2012 tarih, E. 2012/1971 ve K. 2012/17930. Karar için bkz. Gökcan, s.529.

<sup>130</sup> Kanaatimizce tıbbi uygulama hatası nedeniyle taksirle öldürme veya yaralama suçlarından dolayı sorumluluğun bulunmadığı hallerde TCK m.257 hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir. TCK m.257 hükmünde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suç olduğundan, karara konu somut olayda failin kasten gerçekleştirilmiş bir eylemi bulunmadığı için fail hakkında TCK m.257 hükümlerinin tatbiki mümkün değildir. Nitekim Yargıtay'ın ak-

Kanaatimizce dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılmış olsaydı dahi, neticenin meydana gelip gelmeyeceğine ilişkin tartışma, esasında taksirli suçlarda illiyet bağı (ve/veya objektif isnadiyet) meselesi ile doğrudan ilgilidir<sup>131</sup>. Suç teorisi açısından bakıldığında, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı

si yöndeki bir kararına göre ise, "*Hekimin tedavi sırasında özen yükümlülüğüne aykırı davranışı taksirle yaralama veya ölümü neden olma suçunu oluşturabilir ise de, kasıtlı işlenebilen görevi kötüye kullanma suçu meydana gelmez, ancak ölüm veya yaralamaya neden olmayan diğer görev gereğine aykırı davranışların 257. madde kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür.*" Yar. 4. CD., 6.6.2012 tarih, E. 2011/12168 ve K. 2012/13945. Karar için bkz. Gökcan, s.533 vd. Yine, yakın tarihli bir Yargıtay kararına göre de; "*Doktor olarak görev yapan sanıkların, taksirle yaralanma nedeniyle acil servise müracaat eden ölene yönelik yaptıkları muayene ve istedikleri tetkiklerle ölede çoklu pelvis kırığı, çoklu kot kırıkları ve kanlı idrar yaptığını tespit ettikten sonra acil cerrahi müdahaleyi gerektirir patoloji bulunmadığına karar vermiş olmalarının dosyadaki raporlara göre tıp kurallarına uygun olduğu, bununla birlikte genel beden travmasına ve çoklu kemik kırıklarına maruz kalmış öleni Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinin 24/2. maddesi uyarınca stabilizasyonu sağlanıncaya kadar ve tıp çevrelerinde genel olarak kabul gördüğü şekilde 24 saat müşahade altında tutmaları gerekirken 6-7 saat içinde taburcu etmeleri nedeniyle olayda görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal gösterdikleri, ancak bu davranışları ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağının bulunmadığı, başka bir anlatımla sanıklarının ihmal davranışlarının ölümüne neden olacak nitelikte bulunmadığı, zira ölümün genel beden travması nedeniyle öngörülemez ve engellenemeyecek biçimde ortaya çıkan akciğer embolisi komplikasyonu nedeniyle gerçekleştiğinin bilirkişi raporlarıyla kesin olarak belirlendiği, bu nedenle sanıkların ölüm sonucundan sorumlu tutulamayacakları, bununla birlikte genel beden travmasına maruz kalmış öleni erken taburcu etmek suretiyle görevlerinin gereklerini yerine getirmekte ihmal gösterdikleri, bu ihmal nedeniyle ölenin ölümüne kadar yaşadığı çeşitli sıkıntılara maruz kalmasına diğer bir deyişle mağduriyetine sebep oldukları anlaşıldığından, sanıkların eylemlerinin TCK'nın 257/2. maddesi kapsamında görevi ihmal suçunu oluşturduğu ve bu suçtan mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden beraatlerine karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır". Yargıtay CGK. 09.12.2014 tarih, E. 2014/12-103, K. 2014/552 (karar yayınlanmamıştır).*

<sup>131</sup> Esasında bu konu, taksirli suçlarda aranan "neticenin" suçun unsuru mu yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu yönündeki tartışmayla da ilgilidir. Eğer taksirle öldürme ve yaralama suçları açısından, ölüm ve yaralanma neticesi objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilir ise, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylem bizatihi suçun haksızlık vasfını oluşturacağından, neticenin meydana gelmesi bakımından haksız eylemin yapılması yeterli olup, bu eylem sonrasında failin hâkimiyetinde olmayan (kastın, bilme ve isteme unsuru dışında kalan) objektif neticenin (ölüm veya yaralanma) meydana gelmesinin failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylemi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Ancak, olumsuz netice tipikliğe ait bir unsur olarak kabul edilir ise, bu durumda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylem ile olumsuz netice arasında illiyet bağının ve objektif isnadiyetin varlığı aranacaktır. Taksirli suçlar yönünden zararlı neticenin gerçekleşmesinin objektif cezalandırılabilme şartı olduğu yönündeki görüşler için bkz. Koca/Üzülmez, s.198; Kunter, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954, s.244. Anılan yazarlardan Koca/Üzülmez, taksirli suçlar bakımından "neticenin objektif cezalandırılabilme şartı" olarak kabul ettikten sonra, failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylemi ile netice arasındaki ilişkiyi ise objektif isnadiyetle (riskin yükseltilmesi teorisiyle) açıklamaktadır. Çoğunluktaki görüşe göre, taksirli suçlarda aranan netice, suçun unsurunu oluşturmaktadır. Açıklama için bkz. Özgenç, s.254; Artuk/Gökcan/Yenidünya, s.336; İçel, s.163. Kanaatimizce de, taksirle öldürme ve yaralama suçları açısından TCK m.85 ve 89 hükümlerinde yer verilen "ölüm" ve "yaralanma" neticeleri suçun maddi unsuru olarak mütalaa edilmelidir.

hareket eden failin cezalandırılabilmesi için zararlı netice ile failin eylemi arasında illiyet bağının ve neticenin faile objektif isnat edilebilirliğinin bulunması gerektiği izahtan varestedir.

İllyet bağının (ve objektif isnadiyetin) özünü açıklamakta kullanılan teoriye göre, ulaşılan sonuçlar da farklılaşmaktadır. Yalın nedensellik teorisi esas alındığında, fail dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmış olsaydı dahi netice meydana gelebilecek idiyse, fail cezalandırılabilir<sup>132</sup>.

Ancak, objektif isnadiyetin esasını açıklamakta öne sürülen riskin yükseltilmesi teorisi esas alındığında; neticenin faile isnat edilebilmesi için "*failin eylemi, neticenin meydana gelme tehlikesini ya da olasılığını hukuken ölçülebilir bir biçimde yükseltmiş ise, tehlike fail tarafından gerçekleştirilmiştir*"<sup>133</sup> ve fail bu neticeden sorumlu tutulabilir. Alman Federal Mahkemesi içtihatlarında ve Alman doktrininde hâkim olan "*kaçınılabirlik teorisi*"ne göre ise, "*bir netice, özen yükümlülüğüne uygun davranılmış olsaydı dahi meydana gelebilecek idiyse, o takdirde faile isnat edilemez*". Ancak bu durumda, "*kesinliğe yakın bir ihtimalle*", dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı dahi netice yine meydana gelecekti denilebilmelidir<sup>134</sup>.

Hakeri'ye göre; nedensellik bağının belirlenmesindeki ölçü, hekimin tıbbi müdahaleyi özenli bir şekilde ve zamanında yapmış olsaydı, yaralama (veya ölüm) neticesi kesinlik sınırında bir olasılıkla önlenebilecekti denilebiliyor ise; hekimin davranışı ile ölüm ya da yaralanma neticesi arasında nedensellik var kabul edilir. Ancak, tıbbi standarda uygun müdahale yapılmış olsaydı dahi ölüm ya da yaralanma neticesi zaten meydana gelecek idiyse, özen yükümlülüğünün ihlalinin önemsiz olduğu kabul edilir ve nedensellik bağının bulunmadığı kabul edilir<sup>135</sup>.

Kanaatimizce, taksirli suçlarda objektif isnadiyet konusunda "*riskin yükseltilmesi*" teorisinin esas alınması gerekir. Tıbbi müdahaleden kaynaklanan olum-

<sup>132</sup> Koca/Üzülmez, s.204

<sup>133</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.254. Tıbbi uygulama hataları bakımından nedensellik bağının tespitine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.724 vd.

<sup>134</sup> Koca/Üzülmez, s.206; Hakeri, Tıp Hukuku, s.724 vd.

<sup>135</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, 10. Baskı, s.817, 818. Hakeri'ye göre; ölüm ya da yaralanma neticesinin gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı dahi gerçekleşebilecek olduğu ispatlanmalıdır. Eğer bu husus ispatlanamaz ise, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanarak, hekim beraat ettirilmelidir. Yazar'a göre, nedensellik bağının varlığını kabul etmek için, hastanın zaten ölecek olması önemli olmayıp, özen yükümlülüğüne aykırı ihmal gerçekleşmeseydi hastanın "daha geç bir zamanda" ölecek olması illiyet bağının varlığı için yeterlidir. Yine, tıbbi müdahale zamanında gerçekleşseydi dahi hasta yine idiyse, hekimin taksirle öldürmeden sorumluluğu söz konusu olmasa da, hatalı tıbbi müdahale nedeniyle acık çekmesi söz konusu olabileceğinden, taksirle öldürme suçundan olmasa da, taksirle yaralama suçu nedeniyle ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir (s. 818, 819).

suz neticeler nedeniyle hekim ya da sağlık personelinin sorumlu tutulabilmesi için neticenin, ya tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylemlerinin eseri ya da sonucu olması ya da failin eylemi ile neticenin meydana gelme ihtimalini yükseltmesi (neticenin meydana gelme riskinin yükselmesi) gerekmektedir. Neticenin meydana gelme riskini etkilemeyen hallerde, hukuken ölçülebilir bir biçimde ve "*kesinliğe yakın*" bir oranda failin eylemi olmasaydı dahi olumsuz netice meydana gelebilecek idiyse, olumsuz netice objektif olarak faile isnat edilemez (objektif isnadiyetin yokluğu).

#### **Ş.5. TIBBİ UYGULAMA HATALARI BAKIMINDAN TAKSİR-BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI VE YARGITAY UYGULAMASINDA ORTAYA KONULAN KRİTERLER**

TCK m.22 bağlamında, dikkat ve özen yükümlülüğünün hem taksir hem de bilinçli taksir yönünden aranması gereken ve objektif niteliği ağır bir basan bir unsur olduğu yukarıda açıklanmıştı. O halde, bilinçli/bilinçsiz taksir ayrımı (negligence/recklessness) dikkat ve özen yükümlülüğüne göre değil de; neticenin öngörülüp öngörülmemesine göre yapılan bir ayırım olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gerçekten TCK m.22 hükmü yakından incelendiğinde bilinçli/bilinçsiz taksir ayrımı bakımından "*neticenin öngörülüp öngörülmemesi*" temelinde bir ayırım yapıldığı görülmektedir<sup>136</sup>.

Failin eylemi yönünden manevi unsurun taksir mi yoksa bilinçli taksir mi olduğu hususunun her türlü şüpheden uzak bir biçimde ortaya konulması gerekmektedir. Taksir-bilinçli taksir ayrımı sadece faile verilecek ceza açısından değil; cezanın adli para cezasına çevrilebilmesi (TCK m.50/3) ve şahsi cezasızlık halleri (TCK m.22/6) yönünden de önem taşımaktadır.

Bilinçli taksir, taksire göre cezayı ağırlaştırıcı genel bir neden olup (TCK m.61/2); failin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle, öngördüğü neticenin gerçekleşmesine engel olmaması ya da diğer bir deyişle netice yönünden kayıtsızlık göstermesi failin haksızlık içeriğini artırmakta ve fail daha ağır cezalandırılmaktadır.

Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılması halinde öngörülebilir/engellenebilecek bir neticenin öngörülememesi/engellenememesi iken; bilinçli taksir, öngörülen neticenin meydana gelmesi ya da engellenebilmesi için kişinin kendisine yüklenen "*yükümlülüğü/ ödevi*" yerine getirmemesidir. Bilinçli taksir halinde fail, neticeyi öngörmekle birlikte, (nasılsa olmaz di-

<sup>136</sup> Gökcan'a göre, bilinçli taksire ilişkin olarak TCK'de yer alan hüküm bir tanım olmayıp açıklama ibarettir. Yazar'a göre bilinçli taksir, "*Öngörüldüğü halde, istenmeyen neticenin gerçekleşmesine iradi hareketle neden olma*"dır. Açıklama için bkz. Gökcan, s.503.



yerek) neticenin gerçekleşmeyeceği konusunda bir "güven" duymakta ve fiili işlemekten geri durmamaktadır<sup>137</sup>. Failin neticenin gerçekleşmeyeceği yönündeki güveni, davranış normları bakımından "*pervasızlık*" olarak karşımıza çıkar<sup>138</sup>.

Failin, neticenin gerçekleşmeyeceği konusunda güveninin/inancının kaynağı; kişisel yetenekleri, tecrübesi, bilgisi, mesleki cesareti, kabiliyeti, şans (talih), harici sebepler, olayın özelliği ve mağdurun pozisyonu<sup>139</sup>, bir başkasının davranışı ya da mağdurun davranışına duyulan güveni oluşturabilir<sup>140</sup>.

Yargıtay, bilinçli taksir ile taksir arasındaki ayrımı şu şekilde ortaya koymaktadır: "*Kanunun tarifinden de anlaşılacağı üzere, bilinçli taksir, fail tarafından neticenin öngörülüp istenmemiş olmasıdır. Başka bir anlatımla, taksirin bu şekilde neticenin gerçekleşmesini istemeyen fail, hareketin tipe uygun, hukuka aykırı bir sonuca sebep olabileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam ederek zararlı neticeyi meydana getirmektedir. Hukuka aykırı hareketi öngördüğü halde gerçekleşmeyeceğine güvenen ve bu güvenle devam eden failin söz konusu güveninin dayanağı talih, bilgi, kabiliyet, tecrübe vs. gibi çeşitli etkenlerden ileri gelebilir. Bilinçli ve bilinçsiz taksiri birbirinden ayıran özellik kendini 'öngörme' kavramında gösterir...*"<sup>141, 142</sup>.

Taksir-bilinçli taksir ayrımının odak noktasını "öngörme" oluşturduğuna göre; tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği anda, tıbbi müdahaleden kaynaklana-

<sup>137</sup> Koca/Üzülmez, s.219, 222.

<sup>138</sup> Nitekim Yargıtay'a göre de, "*Neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun, bu sonucu meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlüdür.*" Neticeyi öngören fail, neticeye kayıtsız kalamaz. Yar. CGK, 29.4.2014 tarih, E. 2014/12-89 ve K. 2014/226. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre de, bilinçli taksir halinde netice fail tarafından "umulur" ve neticeye "aldırılmaz" ise bilinçli taksir değil olası kast vardır. Açıklama için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.518. Nitekim Görkemli'ye göre de, "*Hekim operasyonu gerçekleştirirken, bütün olasılıkları değerlendirmiş ve başarı olasılığı neredeyse -şansa kalmış ise- olası kast ile hareket ettiği şüphesizdir.*" Açıklama için bkz. Görkemli, Burcu, Kompozit Doku Nakli, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, C. VIII, S.2, Y. 2013, s.814.

<sup>139</sup> Gökcan, s.503.

<sup>140</sup> Öğretide yer verilen kriterler için bkz. Dönmezer/Erman, Genel Kısım II, s.264 vd.; Zafer, s.268; Soyaslan, s.444; Centel/Zafer/Çakmut, s.368; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s.478; Özen (Mustafa), s.157 vd.; Demirbaş, s.390; Koca/Üzülmez, s.222 vd.; Artuk/Gökcan/Yenidünya, s.351; Öztürk/Erdem, s.278, 278; İçel/Donay, s.206; Hakeri, Genel Hükümler, s.221 vd.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.517 vd.;

<sup>141</sup> Yar. CGK, 24.11.2009 tarih, E. 2009/9-185 ve K. 2009/273.

<sup>142</sup> Bir başka Yargıtay kararına göre de: "*Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, surf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin hali ile bir tutulamayacaktır. Neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun, bu sonucu meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlüdür.*" Yar. CGK, 29.4.2014 tarih, E. 2014/12-89 ve K. 2014/226.

bilecek komplikasyonların/zararlı neticelerin hekim ya da diğer sağlık personeli tarafından "öngörüldüğünden" bahisle, komplikasyon gelişen her tıbbi müdahale yönünden failin bilinçli taksirli olarak mı kabul edilecektir? Hiç şüphesiz, tıbbi uygulamaların çalışmamızın başında açıkladığımız özelliklerinden hareketle, bu soruya olumlu cevap verebilmek mümkün değildir. O halde, tıbbi uygulama hataları veya komplikasyon gelişen tıbbi uygulamalar yönünden bilinçli taksir ile taksirin ayırt edilmesi bakımından birtakım ek kriterlere ihtiyaç bulunmaktadır<sup>143</sup>.

Yargıtay kararlarına bakıldığında, tıbbi müdahaleler bakımından hekim ya da diğer sağlık personelinin bilinçli taksirli olarak kabul edilebilmesi için "öngörme" unsuruna ek olarak bazı ölçütlerin geliştirildiği görülmektedir<sup>144</sup>. Bu ölçütler; "hekimin kendisine aşırı güveni", "mesleki cesareti" ve "tıp kurallarına çok açık ve kabul edilemez aykırılık bulunması"dır<sup>145</sup>.

Yargıtay'ın mesleki cesaret ve hekimin kendisine güvenini bilinçli taksir olarak kabul ettiği bir karara göre: "...Fizyolojik kilo verme hızının ayda 2-4 kilogram olması gerektiği, obez kişilerde hızlı kilo vermenin kronik kalp rahatsızlığını aktif hale geçirebileceğinin tıbben bilindiği, ölende hızlı kilo kaybı tespit edilmiş olmasına rağmen, diyet egzersiz programlarının yeniden değer-

<sup>143</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s.716.

<sup>144</sup> "...Sanık Dr... 'ın tarafından yapılan muayene sonucunda, prostatik ön tanısı ile üroloji polikliniğine gitmesi önerilen 1 gün sonra üroloji uzmanı ve radyoloji uzmanı tarafından yapılan muayene ve tetkiklerde testis torsiyonu olduğu anlaşılan vakada, sanık doktorun uygulamasının, 1994 doğumlu olan hastada bu yaş grubunda testis ağrısına sebep olabilecek ihtimaller arasında ilk akla gelmesi gereken ihtimalin "testis torsiyonu" olduğu böyle acil bir durumda hastanın zaman geçirilmeden ağrı kesici uygulanıp üroloji polikliniği yerine acil cerrahi girişim ve radyolojik tetkikin yapılabileceği bir hastaneye sevk edilmesinin gerektiği, bu nedenle ilgili hekimin yaptığı işlemlerin tıp kurallarına uygun olmadığı belirtilmesi karşısında sanığın eyleminin taksirle yaralama suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bu kapsamda eylemi taksirle yaralama suçu olarak değerlendiren yerel mahkeme hükmünde bir isabetsizlik bulunmadığı, ancak;

Mesleki kusurluluk ve bu kapsamda tıbbi müdahalelerde bilinçli taksirin kabulü için, yasadaki öngörme ölçütünün tek başına kabulünün yeterli olmadığı, hekim kusurunda bilinçli taksir yönünden aşırı güven, mesleki cesaret ve tıp kurallarına çok açık ve kabul edilemez aykırılıklar ek koşullarının gerçekleşmesinin aranması, aksi halde tüm tıbbi müdahalelerde bilinçli taksirin varlığının kabul edilebileceği, bu nedenle hekim kusurunun bilinçli taksir düzeyine ulaşmış olmadığı değerlendirilmesinde belirtilen bu ek koşulların da nazara alınması gerektiği"ne karar verilmiştir. Yar. 12. CD. 29.1.2014 tarih, E. 2013/18184 ve K. 2014/2055 (Karar yayınlanmamıştır). Öğretide, hekimin sarhoş olarak ameliyata girmesi durumunda da, bilinçli taksirin söz konusu olacağı dile getirilmektedir. Açıklama için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.716.

<sup>145</sup> Öğretide hekimin "maharetini göstermek ya da deneme yapmak için" tıbbi müdahalede bulunması halinde de bilinçli taksirin söz konusu olacağı zikredilmektedir. Açıklama için bkz. Gülşen, Recep, Hekimin Malpraktisten Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu, Tıp hukuku Dergisi, C.1, S.1, Nisan 2012, s.58.

*lendirilmemesi ve tetkiklerin eksik yaptırılması nedeniyle, sanığın kusurlu bulunduğu ve bu kusurlu davranışın ölüme etkisinin olduğu ve ölümlerle sanığın eylemi arasında illiyet bağının bulunduğu, uygulanan yöntemin bilinen tıbbi standartlara uymaması nedeniyle, ölümün komplikasyon olarak da değerlendirilemeyeceği, meydana gelen ölüm sonucunun sanık tarafından da öngörülmesinin mümkün olduğu ancak, buna rağmen tedavi yönteminin değerlendirilmemesi ve yeni tetkiklerin yapılmaması nedeniyle, sanığın tecrübesine dayanarak zararlı bir sonucun meydana gelmeyeceğine duyduğu güvenle kayıtsız kaldığı ve eyleminin bilinçli taksirle öldürme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir"<sup>146</sup>.*

Komplikasyonun öngörülmesine rağmen, sağlık mesleği mensubunun komplikasyona karşı kayıtsız kalması ve komplikasyona karşı tedbir almaksızın tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmiş olması bilinçli taksirin varlığını göstermektedir.

Komplikasyona karşı kayıtsızlığın bilinçli taksir olarak kabul edildiği bir kararında Yargıtay: "...Henüz 16 yaşında olan ölenin, diş ağrısı şikayeti ile sanığın diş teknisyeni olarak çalıştığı iş yerine kardeşi ile birlikte gittiği, sanığın doktor olmadığını söylemediği, "moralim bozuk diş çekmem" diyerek ölene müdahale etmediği, ölenin bu kez başka bir doktora gittiği, bu doktorun abseli olması sebebiyle dişi çekmediği geçici dolgu yaptığı ancak ağrısı geçmeyen ölenin yeniden sanığın çalıştığı iş yerine gittiği ve dişini çekirmek istediğini söylediği, ölenin kardeşinin, sanığa başka bir doktora gittiklerini ve bu doktorun dişi çekmediğini söylediği, sanığın dişe geçici dolgu yapıldığını ve dişin abseli olduğunu görmesine rağmen, ölenin dişini çektiği, çekme işleminden kısa süre sonra fenalaşan ölenin kaldırıldığı hastanede 9 gün sonra "diş apsisi ile ilişkili septik şok ve gelişen komplikasyonlardan" dolayı öldüğü olayda, diş teknisyeni olan ve tıbbi müdahale yetkisi bulunmayan sanığın, abseli olduğunu bildiği ve bu nedenle çekilmemesi gereken dişi çekmek suretiyle ölüme neden olmasında bilinçli taksir koşullarının oluştuğu"na karar vermiştir"<sup>147</sup>.

Tıbbi uygulamalarda hekim ya da sağlık meslek mensubunun mesleki cesaret göstererek tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi ve sonucunda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak zararlı neticenin ortaya çıkmasına neden olması ya da gelişen komplikasyon ile baş edememesi halinde, bilinçli taksirli söz konusu olur. Hiç şüphesiz mesleki cür'et (cesaret) de taksir kapsamındadır"<sup>148</sup>.

Hekimin ihtisas alanında olmayan bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi ya da gerçekleştirdiği tıbbi müdahale bakımından bir komplikasyonun gelişebile-

<sup>146</sup> Yargıtay 12. CD. 11/06/2013 E. 2013/11225 ve K. 15909 (Karar yayınlanmamıştır)

<sup>147</sup> Yargıtay 12. CD., 10.12.2013 tarih, E. 2013/5731 ve K. 2013/28511 (Karar yayınlanmamıştır)

<sup>148</sup> Dönmezer/Erman, Genel Kısım II, s.268.

ceğini öngörmesi ve fakat bu komplikasyona karşı (mesleki cesaretine ya da tecrübesine güvenerek) herhangi bir tedbir almaması durumunda *-tıbbi müdahale standarda uygun yapılmış olsa bile-* bu durumda izin verilen risk değil, tıbbi hata söz konusu olur<sup>149</sup> ve failin bilinçli taksirli olarak hareket ettiği kabul edilmelidir.

Yine, yeni geliştirilen tekniklerle yapılan tıbbi müdahaleler (robotik cerrahi, kompozit doku nakli, rahim nakli vs.) bakımından da, bu tekniklerin hastanın hayatı veya sağlığı açısından barındırdığı yüksek risk nazara alınarak, fayda-zarar dengesi kurulmaksızın, mesleki cesaret gösterilmesi de<sup>150</sup> –somut olayın özellikleri de bir bütün halinde değerlendirilerek- bilinçli taksir kapsamında değerlendirilebilecektir. Kanaatimizce, tıbbi müdahalenin hastanın hayatı ya da sağlığı açısından oluşturduğu risk arttıkça hekimin de dikkat ve özen yükümlülüğü artacaktır.

Öğretide, failin öngördüğü neticenin gerçekleşmemesi için çaba göstermesinin gerekmediği<sup>151</sup> ve fakat somut olayda hekimin bu türden bir "çaba"yı gösterdiği durumlarda bilinçli taksirle hareket ettiğinin düşünülmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>152</sup>. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Çünkü, hekim tarafından öngörülen ve fakat gelişmesine engel olunamayan çoğu komplikasyon bakımından hekimin bu komplikasyon ile mücadele etmesi ve komplikasyonun ortadan kaldırılması ya da zararlı etkilerinin azaltılması için gayret göstermesi "*dikkat ve özen yükümlülüğünün bir gereğidir*".

Çalışmamızın başında ayrıntılı bir şekilde açıklamaya çalıştığımız üzere, hekimin bu türden bir müdahaleyi hiç ya da gereği gibi yapmaması başlı başına tıbbi kusurdur. Hekimin zararlı neticenin gerçekleşmemesi ya da zararlı neticenin etkilerini aza indirebilmek için çaba göstermesini bilinçli taksir yönünden "*karine*" olarak kabul etmek mümkün değildir. Zararlı neticenin söz konusu olduğu her durum, hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak

<sup>149</sup> Ünver, Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı, s.166.

<sup>150</sup> Hiç şüphesiz bu türden tıbbi müdahaleler açısından da, fayda/zarar dengesinin iyi kurulması ve -hastanın rızası bulunsa dahi- ölüm ya da yaralanma (uzuv kaybı vs.) ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmemesi kanaatindeyiz. Nitekim Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 11. maddesi de aynı hususa işaret etmektedir. Sözü edilen hükme göre: "*...tedavinin tatbik edilebilmesi için hastaya faydalı olacağı ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutad tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınamayacağına muhtemel bulunması şarttır.*"

<sup>151</sup> Bayraktar'a göre, bilinçli taksirin kabul edilebilmesi için failin, öngördüğü neticenin gerçekleşmemesi için "*çaba göstermesi*" gerekmektedir. Görüş için bkz. Bayraktar, Köksal, TCK Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme, TCK Reformu, 2. Kitap, TBB Yayını, Ankara 2004, s.30 vd.

<sup>152</sup> Gökcan, s.503, dn. 131.

suretiyle bu zararlı neticenin meydana gelmesine neden olduğu şeklinde anlaşılabilir.<sup>153</sup>

Bir görüşe göre, "güven ilkesi"nin uygulamaya yerleşmesi halinde, hekim, meydana gelen zararlı neticeden dolayı bilinçli taksirli olarak sorumlu tutulamaz<sup>154</sup>. Kanaatimizce güven ilkesi ile hekim ya da sağlık meslek mensuplarının tıbbi uygulamalardan doğan zararlı neticeleri sebebiyle "bilinçli taksirli" olarak sorumlu tutulabilmeleri arasında doğrudan bir ilişki kurulamaz.

Tıp hukukunda geçerli olan güven ilkesi, birden fazla sağlık mesleği mensubunun işbirliği ve işbölümü şartları içerisinde (ekip olarak) gerçekleştirildiği tıbbi müdahaleler yönünden, işbirliği yapan kişilerden birinin kusuru nedeniyle sorumluluğun aidiyeti sorununu çözmede faydalanılan bir ilkedir. Hiç şüphesiz bu ilke, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve objektif sorumluluk yasağının zorunlu bir sonucudur<sup>155</sup>. Güven ilkesi, ekip halinde yapılan çalışmalarda bireylerin dikkat ve özen yükümlülüklerini ve ceza sorumluluklarını sadece sınırlandırır<sup>156</sup>; ortadan kaldırmaz<sup>157</sup>.

<sup>153</sup> Nitekim Yargıtay da, meydana gelen zararlı netice yönünden, hekim tarafından yapılacak bir tıbbi müdahale bulunup bulunmadığının "ayrıca" araştırılması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay'a göre: "...(*A*)pandisit ameliyatı sonrası meydana gelen güdük kaçağının komplikasyon olup olmadığı, komplikasyon olarak değerlendirilmesi halinde ise bunun nedeni, sanığın, hastanın ameliyat sonrasında ateş şikayeti başlatıldığı sırada isteyebileceği tetkikin bulunup bulunmadığı hususu da belirlenerek, sanığın komplikasyon yönetiminde kusurunun bulunup bulunmadığı yönünde rapor alınması ve sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeksizin eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması..." hukuksa aykırıdır. Yargıtay 12. CD., 30.05.2014 tarih, E. 2013/16857, K. 2014/13362 (www.kazanci.com).

<sup>154</sup> Altundere, Nazan, Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s.114, 115. Yazara göre: "...*Bu gün ülkemiz uygulamasında hatalı olarak hekimlerin sorumluluğu ile ilgili olarak bilinçli taksir hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Bize göre güven ilkesi gereğince hareket edilmiş olursa bu durumda hekimlerin sorumluluğunun taksir hükümleri çerçevesinde belirlenmesi gerekeceği açıktır. Bu halde hem olaya ve hem de adalete uygun hareket edilmiş ve gerçek sorumlular ile sorumluluğun karşılığı uygun illiyet gereğince tespit edilmiş olunacaktır*". Yazar, güven ilkesinin uygulamada hiç yer bulmadığını zikretmiş olsa da, Yargıtay uygulamasında bu ilke kendisine yer bulmaktadır. Yargıtay'ın iş kazasına (güvenliğine) ilişkin olarak verdiği bir kararında güven ilkesinden bahsedilmek suretiyle şu sonuca ulaşılmıştır. "...*Birden çok kişinin faaliyetinin iştiraki söz konusu olduğu durumlarda, taksir sorunu, başkalarının doğru biçimde davranacağına güven ilkesi ile çözümlenmelidir. Böylece disiplinler arası bir ekip çalışmasında, herkes diğerlerinin doğru hareket ettiğine güvenmek zorunda olduğundan, grupta çalışanlardan her biri sadece kendi faaliyet tipine ait meslek kurallarına uyulmasından sorumludur*". Yar. CGK., 16.5.2000 tarih, E. 2000/9-104 ve K. 2000/110.

<sup>155</sup> Ünver, Yener, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, TBBD, Ankara 2008, s.883.

<sup>156</sup> Yıldız, s.266.

<sup>157</sup> Güven ilkesinin, izin verilen risk kuralının tıp hukuku alanındaki yansıması olduğu yönündeki görüş için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.150.

Güven ilkesi, bir taraftan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine hizmet ederken, diğer taraftan da işbölümü ve uzmanlaşmayı güvence altına alan bir fonksiyona sahiptir<sup>158</sup>. Güven ilkesi uyarınca, *diğerinin kurala uygun ve özenli davranacağına güvenen kişi*, başkalarının özensiz davranışının tehlikeli ve zararlı sonuçlarını bertaraf etmek veya dikkate almak zorunda bırakılmamaktadır<sup>159</sup>. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, güven ilkesi, tıbbi müdahalenin öncesinde, icrası sırasında ya da sonrasında başka hekim veya sağlık personelinin de katılımıyla (ekip olarak) gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler açısından dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranan hekim ya da sağlık personelinin sorumlu tutulamayacağını açıklamaktadır. Bu ilke, öngörülen neticeye kayıtsız kalınarak, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle zararlı neticenin meydana gelmesine neden olan hekim ya da sağlık personelinin cezasız kalmasını sağlayacak bir "*can simidi*" ve "*cezayı hafifleten mutlak bir sebep*" olarak kabul edilemez<sup>160</sup>.

Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarına bakıldığında; ekip halinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler yönünden "*güven ilkesinden açıkça zikredilmesi dahi*" güven ilkesi fiilen uygulandığı ve ekip halinde gerçekleştirilen tıbbi müdahale-

<sup>158</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s.150 vd.; Yıldız, s.266; Katoğlu, s.32 vd.

<sup>159</sup> Gökcan, s.228. Güven ilkesi konusunda detaylı bilgi için bkz. Yıldız, s.268 vd.; Katoğlu, s.32 vd.; Ünver, Yener, Tıp Hukukunda Güven İlkesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, s.883 vd.; Özkan, Halid, Tıpta İşbirliği ve Ceza Sorumluluğu, VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ed. Hakan Hakeri, Henning Rosenau, 16-17 Nisan 2010, Samsun, s.131.Örneğin; cerrahinin geldiği ileri **düzey** içerisinde cerrahın kendi hareketine bağlı olmayan anesteziistin fiillerini (müdahalelerini) kontrol ile yükümlü olmadığı ve bu türden bir olanağın da bulunmadığı açıktır. Açıklama için bkz. Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.223.

<sup>160</sup> Ekip halinde dahi olsa, güven ilkesinin geçerli olmadığı durumlar bulunmaktadır. Bunlar; diğer bireylerin kurallara uygun davranmadıklarının öngörülebilir olması, failin kendi tereddütlü hareketi ile diğer kişilerin hareketlerini etkilemesi ve failin hiyerarşik-hukuksal konumu itibarıyla bir denetim ve gözetim yükümlülüğünün bulunmasıdır. Ayrıntılı açıklama için Ünver, İzin Verilen Risk, s.345 vd.; Yıldız, s.268. Nitekim Yargıtay da, "*Gözetim ve kontrol yükümlülüğü bulunan bir kimsenin birlikte ameliyat yaptığı tecrübesiz kimseleri denetleme ve uyarma görevini ihmal etmesi halinde sorumlu tutulması gerektiğine*" karar vermiştir. Anılan karara göre: "*Ameliyattan önce anestezi işlerini bizzat hazırlayıp, ameliyat esnasında bulunup bizzat yapmak ve teknisyenlere nezaret etmekle görevli hastane Anestezi ve Reanimasyon Uzmanı Dr. Sanık Mehmet'in, bu görevlerin hiç birini yerine getirmemek ve baştan sona özensiz ve denetimsiz davranmakla, olayda asli kusurlu olması gerektiği, anestezi teknisyeni sanıklar Hüsnüye ile Bediha'nın da anestezi cihazını ve ameliyat masasını ameliyattan önce kontrolle ameliyata hazır hale getirmek, oksijen ve azotperoksit tüplerinin dolu olup olmadığını kontrol etmekle ve ameliyat esnasında değiştirilen oksijen tüpünü de bizzat değiştirmekle görevli oldukları halde, ameliyat öncesinde bunları yapmayarak bir saatlik ameliyatta 15 dakikalık oksijen kaldığını ancak ameliyat esnasında farkedip, kendileri yerine yetkisiz hizmetliye tüpü değiştirmek ve tüm ayırıcı özelliklerine rağmen kontrol etmemekle, sıfatları ve konuları itibarıyla Uzman Dr. kadar olmasa da ağırlıklı ve büyük kusurlarının bulunduğunu...gözetilmeden...*" Yar. 2. CD. 5.2.1996 tarih, E. 1996/268 ve K. 1996/1025.

ler bakımından peşinen –dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışı bulunmayan- hekim sorumlu tutulmadığı, doğrudan hatalı eylemi gerçekleştiren personelin sorumlu tutulduğu görülmektedir<sup>161</sup>.

Nitekim yakın tarihli bir Yargıtay kararında, ekip şefi konumundaki hekimin "peşinen" sorumlu tutulmadığı, tıbbi uygulama hatasının doğrudan muhatabı olan yardımcı sağlık personelinin sorumlu tutularak cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir. Anılan kararda; "*Devlet hastanesinde hemşire olan sanıkların, genel cerrahi uzmanı K'in mağdurun karında unuttuğu iki adet pensi, ameliyat öncesi ve sonrasında sayarak kontrol etmemekten ibaret olan eylemlerinin tak-sirle yaralama olduğu*" ifade edilmiştir<sup>162</sup>.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, ekip halinde yapılan tıbbi müdahaleler bakımından ekip şefinin –bizatihi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylemi bulunmasa dahi- müdahaleye iştirak eden personelin gerçekleştirdiği tıbbi hatalar nedeniyle "peşinen" sorumlu tutulması ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine uygun değildir<sup>163</sup>. Kanaatimizce her somut olayın şartları kendi içerisinde değerlendirilerek, ekip şefi konumundaki hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylemi söz konusu ise (Örneğin; denetim ve gözetim görevini ihmal etmiş ise<sup>164</sup>) ceza sorumluluğu yoluna gidilmelidir.

## SONUÇ

İnsan bedeni üzerinde yapılacak her tıbbi müdahale az ya da çok bir "risk" içermektedir. Hastanın hayatının kurtarılması ya sağlığına kavuşturulabilmesi için bu risklerin varlığına rağmen tıbbi müdahalenin de gerçekleştirilmesi zorunludur. Ancak bu durum, tıbbi müdahaleden kaynaklanan bütün risklerin de hukuken –meşru- kabul edilebileceği anlamına da gelmemektedir.

<sup>161</sup> Yargıtay'ın eski uygulamasında ameliyatın primer (ilk) sorumlusunun hekim (cerrah) olduğu kabul edilerek, yardımcı sağlık personelinin kusuru bulunsa dahi, hekim sorumlu tutulmaktaydı. Amerikan Hukuku'ndaki uygulamanın da bu yönde olduğu (geminin kaptanının doktor olduğu yönündeki kabulden –captain of the ship doctrine- hareket edildiği) zikrolunmaktadır. Açıklama ve bu uygulamanın eleştirisi için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.154, 580.

<sup>162</sup> Yar. 4. CD. 19.12.2008 tarih, E. 2008/16170 ve K. 2008/2316. Karar için bkz. Gökcan, s.217.

<sup>163</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s.580. Kanaatimizce de, tıbbi müdahaleye katılan ekip üyelerinin, 1219 sayılı Kanun'un Ek Madde 13 kapsamındaki görevlerini, dikkatli ve özenli bir biçimde yapmamaları halinde, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve kusur ilkesi kapsamında eylemlerinden sorumlu tutulmaları gerekmektedir. Ekip şefi konumundaki operatörün sorumlu olabileceği haller ise, ekip üyelerinin bariz (açık) hatalarının anlaşılabilmesi ya da tıbbi müdahalenin özelliği gereği gözetim ve denetim yükümlülüğünün ihlal edilmesidir. Bu iki halde ekip şefinin ceza sorumluluğu doğabilecektir.

<sup>164</sup> Ekip halinde gerçekleştirilen müdahaleler yönünden, hiyerarşik olarak denetim ve gözetim yetkisi bulunan kimsenin güven ilkesinden yararlanamayacağı, bu halin güven ilkesinin istisnası olduğu yukarıda açıklanmıştır.

Tıbbi müdahaleden kaynaklanan öngörülebilir/**önlenebilir** komplikasyonlar bakımından, tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekim ya da diğer sağlık personelinin komplikasyonun ortaya çıkması, tespiti ve komplikasyonun olumsuz etkilerinin azaltılması veya ortadan kaldırılması bakımından gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranarak standart tıbbi müdahalede bulunması halinde herhangi bir ceza sorumluluğu doğmaz. Bu halde meydana gelen olumsuz neticeler "*hukukun izin verdiği risk*" kapsamındadır.

Ceza hukuku açısından komplikasyon ile izin verilen risk kavramları eş anlamlı olmadığı gibi; izin verilen risk kavramı komplikasyon kavramının hukuktaki karşılığı değildir. İzin verilen risk öğretisi, dikkat ve özen yükümlülüğünden (taksirden) doğan sorumluluğu bertaraf eden bir kavram değildir. Tıbbi uygulamalar bakımından izin verilen risk, "*cezalandırılmayan komplikasyon*" olarak tanımlanabilecektir.

TCK m.22 bağlamında, dikkat ve özen yükümlülüğü, hem taksir hem de bilinçli taksir yönünden aranması gereken ve objektif niteliği ağır basan bir unsurdur. Bu nedenle, taksir-bilinçli ayrımı da dikkat ve özen yükümlülüğüne göre değil; neticenin öngörülüp öngörülmemesine göre yapılmaktadır.

Failin, neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenerek eylemini gerçekleştirmesi halinde bilinçli taksir söz konusu olur. Failin bu konudaki güveninin kaynağı; kişisel yetenekleri, tecrübesi, bilgisi, mesleki cesareti, kabiliyeti, şansı (talihi), harici sebepler, olayın özelliği ve mağdurun pozisyonu, bir başkasının davranışı ya da mağdurun davranışına duyulan güven olabilir.

Tıbbi müdahaleler açısından, hekim ya da diğer sağlık personelinin genellikle komplikasyonları "öngördüğü" kabul edilerek her türden komplikasyon (ya da diğer olumsuz sonuçlar) açısından "*peşinen*" bilinçli taksirli olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle tıbbi uygulamalar yönünden taksir-bilinçli taksir ayrımının yapılmasında "öngörme" unsuru yetersiz olup, ilave bir kısım kriterlere ihtiyaç bulunmaktadır.

Tıbbi uygulamalar açısından taksir-bilinçli taksir ayrımında, hekim ya da diğer sağlık personelinin bilinçli taksirli olarak kabul edilebilmesi için, "öngörme" kriterine ek olarak; "*aşırı güveni*", "*mesleki cesaret*" ve "*tıp kurallarına çok açık ve kabul edilemez aykırılık*" kriterlerinin aranması gerekmektedir.

Güven ilkesi, ekip halinde gerçekleştirilen tıbbi uygulamalar bakımından da uygulama alanı bulan bir ilkedir. Ancak bu ilke, ekip halinde yapılan çalışmalarda bireylerin dikkat ve özen yükümlülüklerini ve ceza sorumluluklarını sadece sınırlandırır; fakat bütünüyle ortadan kaldırmaz. Bu ilkenin, bilinçli taksirin tespiti bakımından bir işlevi bulunmamaktadır.



**KAYNAKÇA**

- Aktay, Göknur/ Hancı, Hamit/ Balseven, Aysun,** İlaç Etkileşimleri ve Hekim Sorumluluğu, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi (STED), C. 12, S.7, Y. 2003
- Altundere, Nazan,** Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012
- Arslan Hızal, Sevinç,** Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayrımı, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), S.18, Nisan 2012
- Artuk, M. Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2014
- Bayraktar, Köksal,** Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1972
- Bayraktar, Köksal,** TCK Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme, TCK Reformu, 2. Kitap, TBB Yayını, Ankara 2004
- Bilge, Yaşar,** Adli Bilimler Sözlüğü, Ankara 2002
- Birtek, Fatih,** Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon Malpraktis Ayrımı, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S.5, Y. 2007
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem,** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 2. Baskı, İstanbul 2011
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem Yenerer,** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Baskı, İstanbul 2014
- Charles, L. Bosk,** Forgive and Remember: Managing Medical Failure, 3rd Edition, Chicago-London, 2003
- Civaner, Murat,** "Harm Caused by Healthcare" instead of "Malpractice", Turkish Archives of Pediatrics, Galenos Publishing, S.46, Y. 2011
- Çelik, Faik,** Komplikasyon in Tıp Hukuku Atölyesi-I, Akyıldız, Sunay/Hakeri, Hakan/ Çelik, Faik/ Somer, Pervin, Ankara 2013.
- Çolak, Ahmet,** Nöroşirujide Malpraktis, Türk Nöroşiruji Dergisi, 12: 94-98, Yıl. 2002
- Demirbaş, Timur,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014.
- Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım II, 12. Baskı, İstanbul 1999.
- Ersoy, Yüksel,** Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.53, Y. 2004
- Ersoy, Yüksel,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002
- Görkemli, Burcu,** Kompozit Doku Nakli, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, C. VIII, S.2, Y. 2013.
- Gökcan, Hasan Tahsin,** Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2013
- Gökcan, Hasan Tahsin,** Ceza Hukukunda Güven İlkesi ve Trafik ve Tıp Hukukunda Uygulanması, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2012 (Güven İlkesi)

- Gülşen**, Recep, Hekimin Malpraktisten Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu, Tıp hukuku Dergisi, C.1, S.1, Nisan 2012
- Hafizoğulları**, Zeki/ **Özen**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010,
- Hakeri**, Hakan, Hekimlerin Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, Mersin, Mersin Barosu Yayını, Ankara (tarihsiz),
- Hakeri**, Hakan, Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.69., Y. 2007
- Hakeri**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2014 (Genel Hükümler)
- Hakeri**, Hakan, Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı, Toraks Cerrahisi Bülteni, C. 5, Y. 2014
- Hakeri**, Hakan, Tıp Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2013. (10. Baskı, Ankara 2015)
- Hancı**, Hamit, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin ceza ve Tazminat Sorumluluğu (Malpraktis), 3. Baskı, Ankara 2006
- Harris**, Curtis E., Medical Malpractice Survival Handbook, ACLM, 2007, Mosby/ Elsevier Publiser, p. 3; U.S. Congress, Office of Technology Assessment, OTA-H-602, Washington 1994
- Harris**, E. Curtis, "Negligence" in The Medical Malpractice Survival Handbook, American College of Legal Medicine, Mosby Elsevier, Philedelphia 2007
- Heinrich**, Heinrich, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Ed. Yener Ünver, Ankara 2014
- İçel**, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967
- İçel**, Kayıhan/ Evik, **Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Baskı, İstanbul 2007
- Jescheck**, Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev. Feridun Yenisey, İstanbul 2007
- Kangal**, Zeynel T., Varsayılan Rıza, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV., Y. 2011, S.4
- Kapp**, B. Marshall, Medical Error Versus Malpractice, Depaul Journal of Health Care Law, L.751, 1996-1997.
- Katoğlu**, Tuğrul, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.63, Y. 2007
- Kayaer**, Nebahat, Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, İzmir 2012.
- Koca**, Mahmut, Hekimin Taksirli Fiillerinden Doğan Cezai Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyumu, (Ed. Cem Baygın, Metin Uçar, Yusuf Büyükkay), Erzincan 15-16 Mayıs 2006

- Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2014
- Kocatürk, Utkan**, Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü, Ankara 1997
- Lile, Hans**, Ceza Soruşturmasında Hekimin Tedavi Hataları, Çev. Kıvılcım Bilgen, Kerem Öz, Tıp/ Sağlık Hukuku, Prof. Dr. Hakan Hakeri'ye Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 14, Ankara 2014
- Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992
- Özbek, V. Özer/ Kanbur, Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2014
- Özen, Muharrem**, TCK'da Taksir, Alman- Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. 3, İstanbul 2012
- Özen, Mustafa**, Ceza Hukukunda Taksir, Ankara 2011.
- Özgenç, İzzet**, Bilinçli Taksir, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004 (Bilinçli Taksir)
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014
- Özgönül, Mustafa Levent**, Türkiye'de Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata Kavramı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2010
- Özkan, Halid**, Tıpta İşbirliği ve Ceza Sorumluluğu, VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ed. Hakan Hakeri, Henning Rosenau, 16-17 Nisan 2010, Samsun
- Özkaya, Nesrin**, Hekim Dışındaki Sağlık Mesleği Mensuplarının Tıbbi Uygulamalardan Doğan Sorumlulukları ve Yüksek Sağlık Şurası Tarafından Hatalı Bulunan Tıbbi Uygulama Örnekleri, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2012
- Özpinar, Berna**, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi, C. 66, S.3., Y. 2008
- Öztürk, Bahri/ Erdem, M. Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2013
- Öztürkler, Cemal**, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis-Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2003
- Polat, Oğuz**, Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara 2005
- Rosenau, Henning**, Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, (Çev. Ahmet Hulusi Akkaş), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, C. VIII, S.2, Y. 2014 (Aralık).
- Saatçioğlu, Onur Can**, Amerika Birleşik Devletleri ve Japonya'daki Özel Hukuk Uygulamalarında Tıbbi Malpraktis Olgusu, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009
- Sarp, Nilgün**, Hekimin Tıbbi Özen Yükümlülüğü, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ed. Nilgün Sarp, Cahid Doğan 8-9 Kasım 2013, Lefkoşa
- Savaş, Halide**, Tıbbi Müdahale Hataları, Ankara 2009

- Savaş**, Halide, Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi Yayınları, İstanbul 2012
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012
- Toroslu**, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2008
- Ünver**, Yener, Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis- Komplikasyon Ayırımı, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, Mersin, Mersin Barosu Yayını, Ankara (tarihsiz), (Malpraktis- Komplikasyon Ayırımı)
- Ünver**, Yener, Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku, Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Meslek Mensuplarının Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008 (Tıbbi Malpraktis).
- Ünver**, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998 (İzin Verilen Risk)
- Ünver**, Yener, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008
- Ünver**, Yener, Tıp Hukukunda Güven İlkesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara
- Yaşar**, Osman/ **Gökcan**, Hasan Tahsin/ **Artuç**, Mustafa, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. I, Ankara 2010
- Yaycı**, Nesime, Komplikasyon ve Malpraktis Ayırımı, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 24-25 Nisan 2008
- Yıldız**, Ali Kemal, Tıp Hukukunda Güven İlkesi, VII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 16-17 Nisan 2010