

## MESLEKİ TAKSİR İÇİN CEZAI SORUMLULUK (\*)

Heinrich GEBAUER

Çev.: Asis. Dr. Kayıhan İÇEL

Aşağıdaki açıklamalarda, Genel Raportör *Profesör Sahir Erman* tarafından hazırlanan şema esas tutulmuş bulunmaktadır (\*\*). Mü-lâhazalardan önce, münferit maddeler için yöneltilen soru her defasında belirtilmektedir :

1) Meslekî taksir, belirli durum ve olaylarda cezaî sorumluluğa mı, yoksa sadece Medenî hukuk veya disiplin sorumluluğuna mı tâbi olmalıdır? Ülkenizde bu husustaki hukukî durum ne şekildedir?

Yürürlükteki Avusturya Ceza Kanununun 335. ve 431. paragrafları (1), vücût emniyetinin tehlikeye sokulması ve zarara uğra-

---

(\*) Bu çeviri, **Heinrich Gebauer** (Avusturya) in Uppsala VII. Milletlerarası Mukayeseli Hukuk Kongresine «6-13 Ağustos 1966» verdiği raporun esaslarına bağlı kalınarak serbest bir şekilde yapılmıştır. «**Strafrechtliche Haftung für berufliche Fahrlässigkeit**» başlığını taşıyan rapor yayınlanmamıştır.

(\*\*) Çevirenin notu: Genel Raportör **Prof. Dr. Erman**'ın genel raporu için Bk.: La responsabilité pénale pour négligence professionnelle (Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, Tome XVII, Nos. 26-27-28, 1967, sh. 41 vd.).

(1) Ceza Kanununun 335. paragrafı: «Fail, her icra ve ihmalinin sonuçlarının doğal ve herkes tarafından kolayca farkedilebilir olması halinde veya durumuna, görevine, mesleğine, san'atına, meşgalesine yahut genel olarak içinde bulunduğu özel şartlara göre, icra ve ihmalinin insanların hayatı, sağlığı ve vücût emniyeti için bir tehlikeye sebep olacağını ya da böyle bir tehlikeyi artırmaya müsait bulunacağını kavrayabilecek bir durumda olduğu takdirde, bundan bir insanda ağır müessir fiil (§. 152) meydana gelmişse, her suç failinin 1 ilâ 6 ay, ölüm meydana gelmişse, 6 aydan 1 yıla kadar hapisle cezalandırılması gerekir.»

tilmasına ilişkin esasen mevcut bulunan hükümleri ile, bir kimse- nin, durumuna, mevkiine, mesleğine ,san'atına, meşgalesine ya da içinde bulunduğu özel şartlara göre tutumunun böyle bir tehlikeye sebep olacağını veya bu tehlikenin büyümesine müsait bulunacağını kavrayabilecek durumda olması halinde, Ceza hukuku yönün- den sorumlu olacağını açık bir şekilde belirtmektedir. Böylece bu maddelerde, meslekî taksir için cezaî sorumluluğa işaret edilmekte- dir. Ek hükümlerden (5) no. lu metin maddesinde söz edilmiştir.

Meslekî taksirin, bu kusur şeklinin diğer halleri yanında bir ayrıcalığa sahip olmaması ve sadece Medenî hukuk ve disiplin yö- nünden sonuçlar doğurmaması yerinde gözükmemektedir. Son olarak zikredilen müeyyideler, burada cezaî sorumluluğun yerini alma- makta, ancak onu tamamlayabilmektedirler. Gerçekten de, meslekî faaliyeti sebebiyle geniş çapta görüş ve anlayışa sahip bulunan bir kimsenin, taksiri ile tehlike veya zarara sebep olması halinde ceza- landırılmaması açıklanamaz.

Mevcut metni ile (2) yeni Avusturya Ceza Kanunu Projesi 6. maddesinde (3), taksiri tanımlarken, yürürlükte ki kanunda olduğu gibi, meslekî çalışmalardan doğan cezaî sorumluluğu açık bir şe- kilde göstermemekte, buna karşılık failin bedenî ve aklî şartlarına göre sahip olduğu yeteneğin sonucu olarak kendisinden beklenen dikkat ve ihtimamı yerine getirmemesinden söz edilmektedir ki, bu formül meslekî taksir için cezaî sorumluluğu da kapsamaktadır.

Ceza Kanununun 431. paragrafı: Bu paragrafta, vücut emniyetini tehlikeye sokabilecek olan kanuna aykırılık hallerinin hepsi tamamen sayılmamaktadır. Bu sebeple, 335 ve 337. paragraflarda belirtilen icra ve ihmallerden herbiri, gerçek anlamda bir zarara sebebiyet vermemiş olsa dahi, sırf kanuna aykırılık sebebiyle, 25.000. S. e kadar para cezası ile ve- ya 3 günden 3 aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Ceza Kanunu Projesi ve ilgili açıklamaları, Genel ve Özel kısım, Adalet Bakanlığı, Viyana, 1964.

(3) Paragraf 6 (1) E.: «Fail, bedenî ve aklî şartlarına göre muktedir ve mecbur olduğu dikkat ve ihtimamı göstermediği takdirde taksirle ha- reket etmiş sayılır ve bu sebeple de, kanunda gösterilen ve hukuka aykırı bulunan bir durumu kabul etmemiş olur. (Çevirenin notu: Fıkranın son kısmını — neticeyi öngörmemiş kabul edilir — şeklinde anlamalıdır. Ger- çekten burada söz konusu olan husus, şuursuz taksir - unbewusste Fahrlässigkeit'den başka bir şey değildir.

(2) Keza böyle bir durumu gerçekleştireceğini mümkün gören, fakat buna sebep olmak istemeyen bir kimse de, taksirle hareket etmiş olur.» (Çevirenin notu: Burada belirtilen husus ise, taksirin, şuurlu taksir - be- wusste Fahrlässigkeit denilen çeşididir.).

Ancak projenin 112. maddesi (4), vücüt emniyetinin taksirle tehlikeye sokulmasının cezalandırılması imkânını, failin ağır tedbirsizlik veya ağır kayıtsızlıkla hareket etmesi gereğini aramak suretiyle, sübjektif yönden sınırlamaktadır. Bu sebeple, vücüt bütünlüğünün meslekî yönden tehlikeye sokulmasına ilişkin belirli fiillerin cezalandırma dışında kalması gerekecektir. Taksirle müessir fiil için (projenin 111. maddesi) (5) böyle bir sınırlama öngörülmemiştir.

**2) Bir cezaî koğuşturmayı gerekli gösterecek meslekî taksir hangi türdendir? Yani Ceza hukuku yönünden bir sorumluluğu gerektiren ve cezaî koğuşturmayı zorunlu ve haklı duruma sokan bir san'at hatasını nasıl tanımlamalı ve sınırlarını nerede sonuçlandırmalıdır?**

*a — Meslekî taksirin cezaî koğuşturmasını hangi sebepler haklı gösterirler?*

Bu soruya yukarıda birinci maddede şu anlamda cevap verilmiştir: Meslekî taksirin cezaî koğuşturmaya tâbi tutulmaması için sebep yoktur.

*b — Cezalandırılabilen taksir ile cezalandırılmayan taksir arasındaki sınır nereden geçmektedir? (Yanlış teşhis problemi).*

Bu sınırın tesbiti için, öncelikle belirli tutumun ne dereceye kadar hukuka aykırı olduğunun araştırılması gerekir. Fakat bununla da her zaman bir hüküm vermek kolay olmamaktadır; çünkü zorunlu dikkat ölçüsü istisnaî olarak yazılı hukukta bulunmakta ve orada da normatif kavramlarla ifade edilmektedir; fakat olayların çoğunda ortak tecrübeye veya örf ve âdete başvurulmakta veya başvurulmak zorunda kalınmaktadır. Meslekî taksiri tesbit için, bu

---

(4) Paragraf 112 E.: «Her kim kasden veya tedbirsizlik veya ağır kayıtsızlık ile ve dolayısıyla taksirli olarak, diğer bir kişinin hayatı, sağlığı ve vücüt emniyeti bakımından bir tehlikeye sebep olursa, 3 aya kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya 50.000 S.'e kadar para cezası ile cezalandırılır. Özellikle hafif olaylarda mahkeme cezalandırmadan vazgeçebilir.»

(5) Paragraf 111 (1) E.: «Her kim, diğer bir kişinin yaralanmasına sebep olur veya bu kişinin sağlığına zarar getirirse, 6 aya kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya 100.000 S.'e kadar para cezası ile cezalandırılır. Özellikle hafif olaylarda mahkeme cezalandırmadan vazgeçebilir.»

(2) Fiil, ağır bir müessir fiil ile (§ 106) sonuçlanırsa, bu takdirde fail iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya 500.000 S.'e kadar para cezası ile cezalandırılır.»

hususla herhalde bir bilirkişi celbetmek suretiyle, ilgili meslek branşının bilinen kurallarına ve bu meslekte edinilen tecrübe ve bilgilerin durumuna göre zorunlu dikkat ölçüsüne sadık kalınmış olup olmadığının incelenmesi gerekecektir.

Yanlış teşhis ile ilgili bir olayda, hekimin tutumunun, tıp mesleğinin kurallarına ve tıp ilminin mevcut durumuna uygun olup olmadığının kontrol edilmesi gerekir: İstisnaî bir olayda, böyle hareket etmesine rağmen yanlış teşhis koymuş olsa, gereken kurallara uygun hareket etmiş olduğundan cezaî sorumluluğu kabul edilemez.

*c — Şuurlu ve şuursuz taksir arasında bir fark gözetilmeli midir? Veya gözetilebilir mi?*

Avusturyada Ceza hukuku alanında şuurlu ve şuursuz taksir arasında fark gözetilmektedir. Söz konusu ayırım, kusur şekillerinin sınırlanmasındaki çıkar yönünden zorunlu gibi görünmektedir; *Luxuria*, *dolus*'a komşudur; buna karşılık *negligentia* kusursuzluğun sınırında bulunmaktadır; bundan başka bu ayırım, çeşitli şekilde ortaya çıkan, fiilin sübjektif yönü — anlama, öngörme vs. — dolayısıyla anlayabilme ve öngörebilme durumları bakımından yerindedir.

*De lege ferenda* bakımından, kanunda bu ayırımın açık bir şekilde yapılması öngörülmüştür. Böylece projenin 6. maddesinin 1. fıkrası şuursuz taksiri; 6. maddesinin 2. fıkrası da şuurlu taksiri ele almaktadır.

*d — Ağır, hafif ve çok hafif taksir arasında bir ayırım yapılabilir mi? Yoksa yapılmalı mıdır? Bu ayırım, cezalandırılabilen ve cezalandırılmayan taksir arasında bir sınır olarak geçerli olabilir mi? Veya olmalı mıdır? Yoksa sadece cezanın ayarlanmasında mı gözönünde tutulmalıdır?*

Kusur derecesine göre ayırma hususu, özellikle Avusturya tazminat hukukunda, zararın ne şekilde tazmin edileceği probleminin karara bağlanabilmesi için yer almaktadır (ABGB., § 1324, 1331 ve 1332); yeni olarak da hizmet erbabının tazminat mükellefiyetleri yönünden önem kazanmıştır (6). Avusturya Ceza hukukunda, *lege lata* bakımından (1961 tarihli Çocuk Mahkemeleri Kanunu'nun 12.

(6) Hizmet Erbabı Sorumluluk Mükellefiyeti Kanunu (31 Mart 1965, BGBI. No.: 80).

maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm hariçtir ki, bu kusurun en hafif derecesinde dahi uygulanmaktadır) (7), taksirin şekilleri arasındaki ayırım keyfiyeti, cezalandırılabilen davranışları cezalandırılmayan davranışlardan sınırlamak için yeterli değildir, buna karşılık cezanın miktarı bakımından önemlidir. Meselâ Şarta Bağlı Mahkûmiyet ile ilgili 1949 tarihli kanununun 1. maddesinde, cezanın infazının teciline dair karar verildiği sırada failin kusurunun derecesinin de gözönünde bulundurulması gerektiği açık bir şekilde gösterilmiştir.

Projenin 47. paragrafının 1. fıkrasındaki hüküm ile, özellikle hafif olaylardaki belirli suçlarda cezadan vazgeçilebileceği öngörülmüştür. Kanunî tanıma göre, böyle bir durum, diğer önşartların yanısıra failin kusurunun hafif olması halinde de bulunabilir. Projenin yukarıda zikredilen 111 (1) ve 112. maddelerinden de anlaşılacağı üzere, özellikle vücüt emniyetinin tehlikeye sokulması veya taksirle müessir fiilde, olay hafif olduğu takdirde cezalandırmaktan vazgeçilebilir.

Projedeki bu hükümler amaca uygun görünmektedir, çünkü burada cezalandırmaya karşı olan sebepler daha çoktur, daha ağır basmaktadır. Bu konuda mevcut bütün itirazlara rağmen, bu gibi durumlarda, hukuk şuurunu tehlikeye sokmamak ve hukuk emniyetini rencide etmemek suretiyle cezalandırmadan vazgeçilebilecektir.

Projenin 48 (1) paragrafına göre, yukardaki hallerin dışında da kusurun derecesi gözönünde tutulacaktır.

*e — Yardımdan kaçınmak, cezalandırılabilen bir taksir olarak telakkî edilebilir mi?*

Cezalandırılabilen taksir, bir ihmâlde ve böylece yardım etme halinde de bulunabilir. Ancak bu gibi durumlarda gerçek bir

---

(7) § 12 (2) JGG. 1961: «Hukuku ihlâl eden bir kimse hakkında, cezayı gerektiren bir çocuk suçu işlemiş olması dolayısıyla az miktarda para veya hapis cezası vermek gerektiği takdirde, mahkeme, ona sadece bir ihtarda bulunmakla da yetinebilir.»

§. 45 (1) JGG. 1961: «Hukuku ihlâl eden kimseye bir ihtarda bulunulduğuna dair hüküm ..... kararda gösterilecektir ve böylece hukuku ihlâl eden kimsenin kusurlu bulunduğuna dair hükmün sebepleri özellikle belirtilecektir. Bunlar ..... cezası hakkındaki hükmü temsil ederler.»

ihmalî suç yoksa, hukukî bir mükellefiyetin bulunup bulunmadığını araştırmak gerekir.

f — *Yeni ve çevresinde tartışma ceryan eden bir tekniğin uygulanması veya ilmî bir tecrübe, cezalandırılabilen taksir şekilleri olarak mütalâa edilmeli midir?*

Yukarıda (1) no. lu açıklamalarda görüldüğü üzere, meslekî taksir, diğer aynı durumdaki kusurlu davranışlar karşısında bir ayrıcalıktan yararlanamayacağı gibi, yeni bir tekniğin uygulanması veya ilmî bir tecrübeye girişilmesiyle ilgili suçluluk hakkında da götürü bir hüküm verilmesi mümkün değildir. Hele böyle bir hüküm, söz konusu davranışın *eo ipso* cezadan hariç tutulması yolunda hiç bir şekilde verilemez. Bu sebeple, sözü geçen faaliyetler hususunda, yukarıda (2 b.) no. da belirtilen esaslara uygun olarak, cezaî sorumluluğun incelenmesi gerekir.

Özellikle tıbbî tedavide yeni bir tekniğin uygulanması veya canlı bir insanda ilmî bir tecrübeye girişilmesi hallerinin gözönüne alınması gerekir. Bu iki faaliyet hakkında, birbirlerinden çok ciddi şekilde ayırarak, hüküm verilmelidir. Çünkü, yeni ve çevresinde tartışmada bulunulan bir tekniğin uygulanması yönünden, bu, tıbbî faaliyet alanında tedavî amacının izlenmesindeki diğer tedavî muameleleri gibi gerçekleşmektedir; buna karşılık, ilmî tecrübe, bu amaca yöneltmiş olmadan belirli fizyolojik olayların pratik olarak tesbitine ve böylece sadece yeni bilgilerin kazanılmasına hizmet etmektedir.

Yeni bir tekniğin ilk defa uygulanmasının bir tedavî muamelesi olarak kabul edilebilmesi için, önceden tecrübe edilmiş bulunan sağlık metotlarından hiç olmazsa daha kötü bir sonuç göstermeyeceği hususundaki haklı arzunun gerçekleştirilmesi gerekir. Bundan başka, yeni tekniğin, tıp ilminin mevcut durumuna uyup uymadığını ve bu durumda da yeni metodun başarı sağlayabilip sağlayamayacağı konusunda bir inceleme yapılması talep edilmelidir. Yeni tedavî şeklinin özellikle tıbbî ahlâkın temel kurallarına uyması gerekir. Bundan sonradır ki, cesetlerde ve hayvanlarda ön tecrübelerin yapılması talep edilebilecektir.

Buna karşılık, ilmî tecrübe, bu gibi tecrübelerden tıp için kazanç meydana gelmiş olsa dahi, tıbbî tedavî gibi aynı sebepten haklı görülemez. Bu konuda ilmî amaç da haklı sebep olarak kabul edilmemektedir. Bunun haklı sebebi, yalnız tecrübe konusu kişinin

rızasına dayanabilir, ancak bu halde de rızanın sınırları içinde kalınmak gerekir. Canlı bir insan üzerinde yapılacak bir ilmî tecrübe, örf ve âdete aykırı değilse, üzerinde tecrübe yapılan kişinin rızası varsa ve tıp mesleğinin genel olarak kabul edilmiş kurallarına ve tıp ilminin mevcut durumuna göre hafif müessir fiil dışında ağır bir sonuç öngörülmediği takdirde kabul edilebilir.

**3) Meslekî taksir için verilecek ceza, sebep olunan zararın oranına göre mi, yoksa taksirin ağırlık derecesine göre mi tayin edilmelidir? Meslekî taksir sonucunda meydana gelen kanun ihlâlleri bakımından hangi nev'i ceza en uygun olabilirdi?**

(1) ve (2) no. larda belirtilmiş olduğu gibi, meslekî taksir için cezaî sorumluluğun diğer taksirlere ait sorumluluktan ayırtilmemesi gerekir. Bu, keza tayin edilecek ceza yönünden de böyledir. Ceza kanununun 335 ve 431. paragraflarında ve keza projenin 111 ve 112. paragraflarında belirtilen hükümlerden, gerek *de lege lata*'nın gerek *de lege ferenda*'nın kapsamından taksirin neticelerine göre cezanın ayarlanması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Kusurun yoğunluğu ile ilgili soruya yukarıda (2 d.) no. da cevap verilmiştir.

Meslekî taksirin cezalandırılması bakımından, ileride (7) no. da açıklanacağı üzere, emniyet temin edici tedbirler de yerinde görünmektedir.

**4) Şayet hürriyeti bağlayıcı bir ceza verilecekse, bu ceza hangi muhakeme usulüne göre talep edilebilecektir?**

Yürürlükteki Avusturya Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre, muhakeme usulü, verilecek cezanın para cezası veya hürriyeti bağlayıcı ceza olmasına göre değil, fiilin, dolayısıyla işlenmiş olan suçun nev'ine göre yön almaktadır. Kabahatlerde görevli mahkemeler bölge mahkemeleri olup, bu mahkemelerde bir hukukçu hâkim bulunur. Kabahatlerde bazı belirli şartlar ile Ceza Kararnamesi alınması mümkündür. Cürümlerde ise, görevli mahkeme, birinci derece mahkemesi olarak, iki hukukçu ve iki de meslekten olmayan hâkimden müteşekkil mahkemelerdir (Schöffengericht). Ancak bazı hallerde, bu sonuncu mahkeme bir hukukça hâkimden meydana gelmiş olabilir.

**5) Ülkenizin Ceza hukukunda san'at hatalarının veya meslekî taksirlerin genel tanımları mevcut mudur?**

Taksirle tehlikeye sokmak durumuna ait (1) no. da belirtilmiş olanlardan başka, mevcut Avusturya Ceza hukuku özel hükümler ihtiva etmektedir. Bunlar belirli meslek grupları mensuplarının taksirli tutumlarını suçlandırmaktadırlar. Bu hükümler bizzat Ceza Kanununda olduğu gibi, çeşitli yan (özel) kanunlarda da bulunmaktadır.

Şunların belirtilmesi yerinde olur :

Eczane işletilmesinde kusur (StGB. § 345), hekimin bilgisizliği sebebiyle kusuru (StGB. §. 356 ve 357), bir hekim tarafından gebe bir kadına yapılan düşüncesizce müdahale (StGB. §. 357 Suçun konusu cenin'dir.), hekimin bir hastaya karşı gösterdiği ihmalkârlık (StGB. §. 358), bir ebe tarafından bulaşıcı bir hastalığın gizli tutulması (StGB. §. 379), bir binanın yıkılması dolayısıyla mühendisin sorumluluğu (StGB. §. 383).

Yan (özel) kanunlarda bulunan sayısız cezaî hükümler konusunda şu hususu belirtmemiz gerekir ki, belirli meslekî taksirlerin cezalandırılması Ceza mahkemelerine değil idarî makamlara bırakılmıştır.

**6) Ülkenizin mevzuatında, belirli meslek kategorilerinin yaptıkları hataları cezalandırmak için özel kurallar var mıdır?**

Esasen (5) no. da ele alınan özel haller mahsus suçları göstermektedir. Avusturya Ceza hukukunda diğer bazı mahsus suçlar bulunmakla beraber, bunlarda taksir söz konusu olmamaktadır. Bu gibi mahsus suçlar için örnek olarak, Ceza kanununun 101 vd. paragraflarında yer alan görev suçları gösterilebilir.

**7) Meslekî taksir sebebiyle meydana gelen kanuna aykırılıkların önüne geçilmesi için en uygun ve yerinde tedbirler hangileridir? Mevzuatınızda emniyet tedbiri olarak kabul edilen hukuk normları var mıdır?**

Meslekî taksir için konulan hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezalarına hiç bir zarar gelmeksizin, bazı emniyet tedbirleri öngörülmalıdır. Çünkü, özellikle bir mesleğin icrası sırasında tesbit edilmiş cezayı gerektiren davranışta, yalnız arasıra meydana gelen yanlış bir hareketin mevcudiyetinden değil, fakat meslekî faaliyette bunun devamlı olarak tekrarlanmasından endişe edilmelidir. Bu



sebeple, sözkonusu davranış yalnız yukarıda belirtilen cezalarla değil, aynı zamanda diğer tedbirlerle de (önemli olaylarda meslekten men) karşılanmalıdır. Avusturya hukukunda çeşitli hükümlerle, gerek mahkemece, gerek idarî makamların yetkisine giren durumlarda bunlar tarafından, bazı emniyet tedbirlerine başvurulması öngörülmüştür. Bir hekimin acemiliği sebebiyle düştüğü san'at hatası için, Ceza kanununun 356 ve 357. paragrafları ilginç hükümleri ihtiva etmektedir. Bu şekildeki bir hata ağır bir müessir fiili veya hastanın ölümünü meydana getirdiği zaman, Ceza mahkemesi tarafından cezalandırılmaktadır. Böyle bir olayda, suçun varlığı kabul edilirse, hekimin yeni bir sınav ile gerekli bilgilere sahip bulunduğunu ispat edinceye kadar mesleğini icra etmesi önlenmektedir.

Tarihi gelişime bağlı olarak, yürürlükte olan kanunda cezalar ile emniyet tedbirleri arasında açık bir sınırlama yoktur. Bunun sonucu olarak da, birçok durumlarda emniyet tedbirleri ceza olarak nitelendirilmektedir.

**Heinrich GEBAUER**

Çev.: **Asis. Dr. Kayıhan İÇEL**